

Université de France — Faculté de Droit de Nancy

DE L'OBLIGATION DE LIVRER

IMPOSÉE AU VENDEUR
EN DROIT ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

PAR

PAUL-DOMINIQUE HAUMANT

Licencié en Droit

INSPECTEUR SPÉCIAL DE POLICE SUR LES CHEMINS DE FER

Président : M. MAY, Professeur.

Suffragants : MM. LEDERLIN, Professeur-Doyen.

CARRÉ de MALBERG, Professeur.

BELFORT

Imprimerie Administrative et Commerciale du Journal « LA FRONTIÈRE »

21, AVENUE DE LA GARE, 21

—
1896

DE L'OBLIGATION
DE LIVRER

IMPOSÉE AU VENDEUR

EN DROIT ROMAIN

Université de France — Faculté de Droit de Nancy

DE L'OBLIGATION DE LIVRER

IMPOSÉE AU VENDEUR
EN DROIT ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

PAR

PAUL-DOMINIQUE HAUMANT

Licencié en Droit

INSPECTEUR SPÉCIAL DE POLICE SUR LES CHEMINS DE FER

Président : M. MAY, Professeur.

Suffragants : MM. LEDERLIN, Professeur-Doyen.

CARRÉ de MALBERG, Professeur.



BELFORT

Imprimerie Administrative et Commerciale du Journal « LA FRONTIÈRE »

21, AVENUE DE LA GARE, 21

1896

FACULTÉ DE DROIT

Doyen : M. LEDERLIN, *, I O.

Doyen honoraire : M. JALABERT, *, I O.

Professeur honoraire : M. LOMBARD, (Ad.), *, I O.

MM. LEDERLIN, *, I O, Professeur de Droit romain, Chargé du cours de Pandectes, et Chargé du Cours d'Histoire du Droit (Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières).

LIÉGEOIS, I O, Professeur de Droit administratif, et Chargé du Cours d'Histoire des Doctrines économiques.

BLONDEL, I O, Professeur de Code civil, et Chargé du cours de Principes du Droit public et du Droit constitutionnel comparé.

BINET, I O, Professeur de Code civil, et Chargé du cours d'Enregistrement.

LOMBARD (P), I O, Professeur de Code civil.

GARNIER, I O, Professeur d'Economie politique, et Chargé du cours de Législation et Science financières.

MAY, I O, Professeur de Droit romain, et Chargé du cours de Pandectes, et du Cours de droit international public (Doctorat).

GARDEIL, I O, Professeur de Droit criminel, et Chargé du cours de Législation et Economie industrielles.

BEAUCHET, I O, Professeur de Procédure civile, Chargé du cours de Procédure civile (Voies d'exécution), et Chargé du cours de Législation et Economie coloniales.

BOURCART, I O, Professeur de Droit commercial.

GAVET, I O, Professeur d'Histoire du Droit.

CHRETIEN, I O, Professeur de Droit international public et privé.

CARRE de MALBERG, A O, Professeur de Droit constitutionnel et administratif.

MELIN, Docteur en Droit, chargé de conférences.

VALEGEAS, A O, Docteur en Droit, Secrétaire.

LACHASSE, A O, Docteur en Droit, Secrétaire honoraire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

A LA MÉMOIRE
DE
MON PÈRE ET DE MA MÈRE

A MA SŒUR

A Monsieur Charles JEANNETTE

COMMISSAIRE SPÉCIAL DE POLICE SUR LES CHEMINS DE FER

BIBLIOGRAPHIE

C. ACCARIAS : Précis de droit romain.

ORTOLAN : Explication des Institutes de l'empereur Justinien.

A. M. DU CAURROY : Institutes de Justinien.

L. ETIENNE : Institutes de Justinien.

G. MAY : Eléments de droit romain.

CUQ : Les institutions juridiques des Romains.

Georges HATTÉ : Des risques en droit romain (Thèse de doctorat).

RAVIER DE MAGNY : Les origines de la vente et du louage en droit romain (Thèse de doctorat).

HENRI MARION : De la garantie en cas d'éviction dans la vente (Thèse de doctorat).

GIRARD : L'action auctoritatis (Nouvelle revue historique de droit français et étranger — 1882).

GIRARD : Les stipulations de garantie (Nouvelle revue historique de droit français et étranger — 1883).

GIRARD : La garantie d'éviction dans la vente consensuelle (Nouvelle revue historique de droit français et étranger — 1884).

R. VON IHERING : L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement (Traduction O. DE MEULENAERE).

R. VON IHERING : De la faute en droit privé (Traduction O. DE MEULENAERE).

JAMES MUIRHEAD : Introduction historique au droit privé de Rome (Traduit et annoté par M. G. BOURCART).

POTHIER : Traité du contrat de vente.

G. BAUDRY-LACANTINERIE : Précis de droit civil.

AUBRY et RAU : Cours de droit civil français.

INTRODUCTION

« Parcourir les domaines encore inexplorés de la
« nature ou de l'histoire, enrichir la science d'obser-
« vations et de découvertes entièrement nouvelles, est
« une des plus heureuses chances que puisse rencon-
« trer la recherche scientifique. Mais pareil bonheur ne
« peut échoir dans la même mesure à chaque science
« particulière. Si, devant les sciences naturelles, s'étend
« un champ indéfini d'observations et de découvertes
« encore inconnues, si chaque découverte nouvelle, loin
« de rétrécir cet horizon, ne fait que l'agrandir davan-
« tage, il en est autrement pour les sciences historiques.

« Dans celles-ci il arrive un moment où, faute de
« pouvoir utiliser des sources nouvellement découvertes,
« la recherche scientifique doit se borner à envisager
« les faits déjà connus sous des côtés différents, à des
« points de vue nouveaux, mais sans pouvoir augmenter
« sensiblement la somme même des faits.

« Tel est, depuis vingt ans, le sort de l'histoire du
« droit. »

Voilà, clairement exprimés, les sentiments d'un des romanistes les plus distingués (1) de l'époque contemporaine sur l'étude du droit romain. Paraphraser, compléter est le seul terrain encore ouvert et cependant déjà maintes fois exploré.

C'est dire que notre travail est loin d'être une œuvre complètement originale. Nous avons, en effet, subi la loi commune. A nos devanciers nous avons demandé les éléments de cette thèse, nous leur avons emprunté sans scrupule tout ce qui pouvait nous être de quelque utilité et, en maintes circonstances, nous avons tiré profit de leurs recherches.

Toutefois, l'obligation de livrer n'a pas encore été l'objet d'une étude spéciale. Les auteurs, donnant leurs préférences à l'obligation de garantie, n'ont pas, si l'on veut, laissé notre obligation complètement de côté, mais ils n'en ont parlé que par occasion, par hasard et à cause des points de contact qu'elle peut avoir avec l'obligation de garantie.

Cette dernière obligation est, en effet, le complément de l'obligation de livrer, elle est sa continuation dans le temps, de sorte qu'on a pu dire sans inexactitude que garantir n'est autre chose que faire une délivrance successive. Il ne suffit pas que le vendeur ait remis la chose vendue et ait transféré les droits qu'il pouvait avoir sur elle, il faut qu'il assure à l'acheteur la possession paisible et durable dans l'avenir. Tenu de rem

(1) Von Ihering : De la faute en droit privé. Traduction O. de Meulnère, page 1.

præstare, le vendeur doit encore rem emptori habere licere : il est obligé de maintenir la possession qu'il a transmise en protégeant l'acheteur contre le préjudice pouvant résulter soit d'une éviction soit de vices cachés.

Nous avons essayé de grouper, dans un ordre simple, clair et logique, les divers éléments que nous avons glanés chez les auteurs. Nous nous sommes efforcé aussi de ne rien omettre qui touche à notre sujet, nous gardant bien toutefois de perdre de vue l'obligation de livrer pour nous étendre outre mesure sur l'obligation de garantie.

PLACE DE L'OBLIGATION

DE

LIVRER DANS LA THÉORIE DE LA VENTE



« La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer. »

Cette définition, reproduction littérale de l'article 1582 de notre Code civil, convient aussi bien à la vente romaine qu'à la vente française moderne (1).

(1) Bien plus, cette définition prise à la lettre convient mieux encore à la vente romaine des derniers temps qu'à la vente moderne. En droit romain, quand le vendeur a livré la chose à l'acheteur, quand il la lui a fait avoir, quand il lui en a procuré la paisible possession il a pleinement exécuté son obligation s'il n'est pas propriétaire (Loi 30 § 1 Dig. De act. empti. XIX. 1). En droit français, le vendeur est en outre obligé, quoique l'article 1582 ne le dise pas, de transférer la propriété (art. 1599). Le législateur aurait dû ajouter que le vendeur s'engage à procurer à l'acheteur la possession à titre de propriétaire (Aubry et Rau — Cours de droit civil français — 4^e édition, page 331 note 1). Toutefois, il est de la nature et non pas de l'essence de la vente que le vendeur s'oblige à transférer la propriété à l'acheteur c'est dire que les parties peuvent, par une convention, décharger le vendeur de cette obligation.

Mais, hâtons-nous de le dire, si elle est l'exacte expression de la vente telle qu'elle résulte des textes de l'époque impériale (1), elle n'est pas entièrement d'accord avec l'idée que nous en donnent les textes des époques antérieures.

Quoi qu'il en soit, on peut l'utiliser pour déterminer la place que l'obligation de livrer occupe dans la théorie de la vente.

De cette définition, il ressort que la vente (*emptio venditio* ou seulement soit *emptio* soit *venditio*) (2) exige deux conditions essentielles : 1° Une chose à livrer, une marchandise (*merx*) et 2° Un prix (*pretium*). Elle met en présence deux personnes : le vendeur (*venditor*) et l'acheteur (*emptor*).

La vente produit des effets que l'on peut réunir sous deux rubriques : 1° Effets quant à l'acheteur. 2° Effets quant au vendeur.

L'acheteur doit payer le prix.

Le vendeur est tenu à deux obligations principales : 1° S'abstenir de tout dol (*purgari dolo malo*). 2° Faire avoir la chose à l'acheteur (*rem emptori habere licere*) (Lois II § 2 ; 30 § 1 Dig.

(1) G. May (Eléments de droit romain T. II. p. 113).

(2) Cela tient à ce qu'anciennement on donnait aux deux mots la même signification. Accarias. (T. II, p. 430, note 1).

De act. empti XIX. 1 ; 38 § 3. *Dig. De verb. obligationibus* XLV. 1).

Cette division des obligations du vendeur est préférable à celle que nous donne la loi I. pr. *Dig. De rer. perm.* XXX. 4 qui compte trois obligations à la charge du vendeur, savoir : livrer la possession, promettre la garantie de l'éviction et s'abstenir de tout dol. Cette énumération prête à une double critique. D'abord la promesse relative à l'éviction n'est pas toujours exigée et à l'origine elle ne le fut jamais, mais à toute époque, sans qu'aucune promesse fût nécessaire à cet effet, le vendeur paraît avoir été tenu absolument d'indemniser l'acheteur évincé. En second lieu, le texte ne parle pas des vices de la chose vendue dont le vendeur est cependant responsable. Réglementée par l'Edit des édiles curules, la garantie des vices cachés mérite une mention spéciale, bien qu'à la rigueur on puisse la considérer comme une dépendance et un complément de l'obligation de livrer. (1)

Mais, pour que l'acheteur puisse avoir la chose, il faut que le vendeur la lui conserve, la lui délivre et le garantisse contre toute atteinte

(1) Voir en ce sens Accarias (T. II, p. 442).

à sa possession paisible et entière. De là trois obligations appelées : obligation de conserver (*custodia*), obligation de livrer ou délivrer, les deux mots sont synonymes, et obligation de garantir (1).

L'obligation de livrer est donc une branche de l'obligation générale qui incombe au vendeur de faire avoir la chose à l'acheteur. Sa place, dans la théorie de la vente, est ainsi nettement déterminée.

Toutefois, remarquons que l'obligation de livrer peut résulter de conventions autres que le contrat de vente. Il est certain, en effet, qu'on peut s'engager à faire remise matérielle d'une chose, à la mettre à la disposition d'une autre personne sans en être propriétaire, sans même avoir sur elle aucun droit réel et sans vouloir la vendre : ainsi je puis m'engager à faire obtenir à titre de location une chose dont un autre est propriétaire. Dans la vente, l'obligation de livrer a une nature particulière, elle porte non seulement sur la remise physique, mais encore

(1) En droit français actuel, le vendeur a les mêmes obligations. L'article 1603, il est vrai, ne parle que de l'obligation de livrer et de celle de garantir. Mais ce sont là les deux obligations principales du vendeur, il peut en avoir d'autres, notamment celle de conserver la chose jusqu'à la livraison.

sur le transfert des droits que le vendeur a sur la chose vendue

L'exécution de notre obligation est appelée délivrance ou livraison (*traditio* — le mot ayant, comme nous venons de le dire, une acception très large et comprenant non seulement la remise du *corpus*, mais encore l'abdication au profit de l'acheteur de tous les droits, droit de propriété ou autres, que le vendeur a sur la chose vendue) (1).

Nous nous demanderons d'abord si les

(1) Le Code civil (article 1604) définit ainsi la délivrance : « La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur. » Appliquée à la délivrance dans la vente romaine, cette définition est rigoureusement exacte, si l'on admet que le mot puissance fait allusion au transport de la propriété de la chose vendue, (Domat) car à Rome, c'était bien la délivrance (sens large) et non le simple consentement qui transmettait la propriété. Mais les commentateurs du Code civil critiquent fort cette définition : En droit français, disent-ils, ce n'est pas la délivrance qui transporte la propriété de la chose vendue à l'acheteur ; lorsque la vente a pour objet un corps certain, l'acheteur devient propriétaire par le seul effet du consentement (art. 1138 et 1583) et, si la vente porte sur des choses *in genere*, c'est bien plutôt la détermination de la chose à livrer que la délivrance qui transportera la propriété à l'acheteur. « Peut-être, en déclarant que la délivrance met la chose en la puissance de l'acheteur, le législateur a-t-il fait allusion au cas où la chose est mise à la disposition de l'acheteur sans que la possession effective lui en soit transmise. C'est ce qui arrive par exemple quand le vendeur d'une maison en remet les clefs à l'acheteur : si celui-ci n'est pas encore en possession réelle, il ne tient qu'à lui de s'y mettre. Mais alors il aurait suffi de dire que la délivrance met la chose en la puissance de l'acheteur ». (Baudry-Lacantinerie — Précis de droit civil T. III p. 315). En somme, ou le mot puissance ou le mot possession est de trop.

Romains des premiers temps considéraient l'obligation de livrer comme inhérente à la vente, nous en rechercherons ainsi l'origine. Nous envisagerons ensuite la nature, les conditions, l'étendue de l'obligation de livrer, l'époque le lieu et les frais de la délivrance, la manière dont la délivrance doit s'effectuer et l'état dans lequel elle doit avoir lieu. Nous jetterons enfin un coup d'œil sur les moyens juridiques mis à la disposition de l'acheteur pour faire sanctionner l'obligation de livrer.

PARAGRAPHE 1^{er}

Origine de l'obligation de livrer

A l'époque de Justinien, même déjà aux derniers siècles de la République, la vente est un contrat dépourvu de toute *causa civilis*, c'est un contrat *consensu* par lequel une personne, le vendeur (*venditor*), s'engage à livrer une chose à une autre personne appelée acheteur (*emptor*) moyennant un prix en argent que celle-ci s'engage de son côté à payer. C'est un contrat *bonæ fidei* qui impose au *venditor* l'obligation de faire avoir la chose à l'*emptor* et, par conséquent, de la lui livrer et, à l'*emptor*, l'obligation de payer le prix, (Cicéron : *de officiis* 111.17, *de natura deorum* 111.30).

Mais cette notion de la *venditio*, notion qui consiste à considérer les obligations de livrer la chose vendue et de payer le prix comme en étant

la résultante, n'a pas toujours été celle du droit romain.

Les Romains des premiers siècles ne voyaient pas dans la *venditio* une cause génératrice d'obligations ; pour eux, elle était un transfert et non une cause de transfert, l'obligation de livrer mourait en naissant, la convention s'effaçait derrière l'échange qu'elle motivait, l'opération matérielle du transfert paraissait constituer le contrat, le consentement des parties et les actes qui le suivaient formaient un ensemble dont la matérialité était l'élément dominant et semblait même à elle seule être le contrat tout entier.

Comment expliquer cette notion, en quelque sorte barbare, de la vente ?

Comment est-on arrivé à dégager l'élément spirituel du contrat du tout informe du droit primitif ?

La solution de ces deux questions se trouve dans l'étude des formes de la vente.

Gaius (1.19) nous apprend que la mancipation, *mancipatio*, est une vente fictive : *imaginaria quædam venditio*. Si, au temps de *Gaius* la mancipation est une vente fictive, on est autorisé à conclure qu'à une époque antérieure, elle

était une vente réelle. Il est, en effet, admis aujourd'hui par tous les interprètes, que la fiction a son origine dans la réalité, c'est la loi générale de l'histoire des institutions.

L'opinion rapportée par *Gaius* qui voit dans la mancipation la première forme de la vente, est d'ailleurs confirmée par plusieurs textes : la loi des Douze Tables, réglementant la mancipation du fils de famille, l'appelle une vente : *si pater filium ter venumduit* ; Cicéron (*De oratore* 3,39. *De officiis* (I I I. 16), parlant des clauses de la vente, les appelle *leges Mancipii* : *Ulpien*, enfin, déclare que la mancipation a lieu entre personnes ayant le *jus commercii* (*Ulpien Regul* : XIX 5.) et le *jus commercii* est le droit d'acheter et de vendre.

La mancipation est donc la forme primitive de la vente (1).

Il est dès lors facile de comprendre comment les anciens Romains n'ont vu dans la *venditio*

(1) Applicable seulement à un petit nombre d'objets, ne permettant pas le transfert des denrées les plus courantes, la mancipation ne suffisait certainement pas aux nécessités de la pratique. Selon toute vraisemblance, à côté de la vente solennelle existait une autre vente, dépourvue de toute forme, où la tradition suffisait pour obliger l'acheteur au paiement. Cette vente sans forme était, il est vrai, dépourvue de sanction juridique, elle avait néanmoins une réelle efficacité, car les Romains avaient un religieux respect de la parole donnée. Ravier de Magny : (Les origines de la vente au droit romain).

qué des opérations qui s'effectuent, des objets qui se livrent de part et d'autre :

Par la forme solennelle de la mancipation, par l'*æs* et la *libra*, la chose vendue était sur le champ livrée et transférée en propriété à l'acheteur qui, à titre d'équivalent, pesait et remettait au vendeur un certain poids de métal. Après la solennité de l'*æs* et de la *libra*, aucun lien de droit ne subsistait entre les parties « l'acheteur ne devant plus rien puisque le prix avait été remis et pesé au vendeur ; ce dernier, de son côté, n'étant tenu à rien, puisqu'il avait, par l'acte de la mancipation, livré la chose et abdiqué le droit de propriété qu'il avait sur elle. » (1)

Pour faire de la vente une cause génératrice d'obligations, il aurait fallu analyser, distinguer la partie spirituelle du contrat de sa partie matérielle, mais ce travail d'analyse ne devait se faire qu'à la longue, à la suite des transformations successives de la forme de la vente.

Et il n'y a rien en cela qui doive étonner. Le droit primitif des Romains, comme celui de tous les peuples enfants, est trop imprégné de formalisme pour séparer les éléments du contrat. Est-ce à dire que c'est seulement à l'origine de la civilisation qu'on rencontre dans le

(1) May : Eléments de droit romain T. II. p. 114.

droit des formes et des solennités ? Non, car aujourd'hui encore où, cependant, règne l'interprétation rationnelle du droit, on voit notre Code civil imposer pour la confection de certains actes juridiques, pour le testament et les donations entre-vifs par exemple, des formalités particulières.

Toutefois, les formes exigées par les législations modernes ont un tout autre caractère que celles du droit romain qui, comme la mancipation, sont passées du droit primitif dans le droit classique. Tandis que les premières résultent d'une volonté réfléchie qui les a créées pour garantir en quelque sorte l'efficacité de l'élément spirituel du contrat, les autres subsistent dans le droit classique dépourvues de leur raison d'être, comme les vestiges d'un âge « où tout ce qui fut mensonge était encore vérité » (1).

Cette théorie est bien la théorie romaine des premiers temps : elle n'est nullement contredite par l'existence de l'action *empti* dont l'introduc-

(1) C'est la distinction des formes à tendance et des formes résiduelles. Consulter sur cette distinction : Ihering (l'Esprit du droit romain traduit sur la 3^e édition par O. de Meulenaere Paris — Marescq — 1877 T. III. p. 188.) Girard (l'action auctoritatis. Nouvelle revue historique de droit français et étranger 1882 p. 180). Ravier du Magny (origines de la vente et du louage en droit romain p. p. 15 et 16).

tion n'était en aucune façon la reconnaissance de la vente comme contrat purement consensuel.

L'action *empti*, dans sa forme primitive, était une application de l'action *ex stipulatu*, l'affectation particulière de cette dernière action à la vente en vertu des engagements pris par stipulation par le vendeur envers l'acheteur (31 § 20. Dig. *De ædilitio edicto et redhibitione et quanti minoris* XXI. 1). Elle était alors *stricti juris*. Plus tard seulement, dans les dernières années de la République, elle fut le complément nécessaire de la vente et devint une action *bonæ fidei*. Comment s'est opéré le changement ? Ulpien l'explique par l'habitude qu'avaient les Romains de sanctionner directement et par une action *bonæ fidei* ce qui est de coutume et de pratique générale (31 § 20. Dig. *De ædilitio edicto*. XXI. 17.) Mais, et il importe d'insister sur ce point, jusqu'au jour où on a fait de l'action *empti* une action de bonne foi, l'élément matériel et l'élément spirituel de la vente sont restés confondus et jusqu'à ce moment la vente n'a pas engendré par elle-même, c'est-à-dire sans le secours de la stipulation et comme espèce particulière de contrat, la moindre obligation (1).

(1) Muirhead (Introduction historique du droit privé de Rome. Traduction de M. Bourcart, page 362).

Toutefois, quand un tiers revendiquait la chose vendue, l'acquéreur pouvait, par l'action *auctoritatis*, réclamer le soutien, l'appui du vendeur. C'est donc que le vendeur était déjà tenu de protéger son acheteur contre l'éviction. Voilà bien la preuve que l'idée d'obligation n'était pas étrangère aux Romains de l'époque de la vente-mancipation. Cependant rien ne prouve qu'ils aient seulement eu la moindre notion de l'obligation contractuelle.

Passons à l'examen de la seconde question : Comment est-on arrivé à séparer l'élément spirituel du contrat de l'élément matériel qui l'enveloppait ?

De graves inconvénients réduisaient la portée de la vente-mancipation :

D'abord elle n'était possible qu'au comptant ; les paroles prononcées par l'acquéreur, *meum esse aio ex jure Quiritium*, sont catégoriques, je suis propriétaire, dit-il, de par le droit quiritaire. Il affirme l'existence actuelle de son droit, toute idée de crédit ou d'obligation fait absolument défaut.

Ensuite la mancipation s'appliquait seulement aux *res Mancipi* ; elle laissait en dehors d'elle les *res nec Mancipi*

Enfin, en ce qui concerne les personnes, son champ d'application était encore réduit : elle n'était utile qu'aux citoyens romains. Guidés par leur égoïsme national, les Romains la refusaient aux Pérégrins.

Ces trois inconvénients amenèrent bientôt la désuétude de la mancipation. La nécessité du crédit pour le développement du commerce, l'importance que prirent peu à peu les *res nec Mancipi*, l'extension des relations des Romains avec les Pérégrins contribuèrent simultanément à la création d'une forme de contrat plus simple, plus générale et plus libérale.

Et cependant, ce n'est pas d'un seul coup qu'on abandonna la mancipation. On supprima d'abord la formalité du pesage du métal que l'apparition de la monnaie frappée, *l'æs signatum*, rendait d'ailleurs inutile. L'acheteur se contentait de frapper un des plateaux de la balance avec une pièce de monnaie qu'il remettait ensuite au vendeur en signe de paiement, puis, par un pacte adjoint à la mancipation, reconnaissait n'avoir pas payé son prix et s'engageait à le payer.

Par là, il est facile de voir comment on est arrivé à un résultat analogue en ce qui concerne

l'obligation de livrer ! Comment a-t-on fini par isoler l'acte obligatoire et l'acte de transfert ?

Il est impossible de le dire avec certitude. C'est vraisemblablement sur ce point qu'ont agi les inconvénients relatifs à l'objet de la vente et aux personnes capables d'y figurer.

Quoi qu'il en soit, voici une explication : Pour une raison ou pour une autre, on convenait de renvoyer la délivrance à une date future, par exemple le prochain jour de marché (1). Dans cette hypothèse, les éléments du contrat étaient bien séparés et nettement déterminés : d'un côté consentement, de l'autre livraison. L'esprit analytique des Romains, en particulier des jurisconsultes, ne pouvait manquer de constater qu'au fond il en était de même dans toute vente. Aussi, l'obligation de livrer qui, à l'origine, n'était sanctionnée que quand elle avait été recouverte du vêtement de la stipulation (2), ne tarda-t-elle pas à recevoir dans tous les cas une sanction, lors même que les parties n'y auraient

(1) Muirhead. Introduction historique du droit privé de Rome. Traduction de M. Bourcart p. 211.

(2) D'après M. Edouard Cuq (Institutions juridiques des Romains p. 600) la stipulation servait non pas à rendre juridiquement obligatoire l'accord des volontés, mais à assurer la réalisation de la vente.

pas songé. Elle fut sous-entendue et on la protégea par l'action *empti* qui dérive du contrat de vente.

D'autre part, différentes causes contribuèrent à rendre familière aux Romains la distinction des conditions de la vente de sa réalisation : 1^o Dans les ventes faites pour le compte de l'Etat, lorsque le censeur ou le questeur mettait en vente un fonds de terre ou toute autre chose appartenant à l'Etat, il faisait annoncer par un crieur public l'objet et les conditions de la vente (*lex venditionis*). On ne pouvait, en effet, faire une convention particulière avec chaque amateur et il fallait bien que les conditions du vendeur fussent connues à l'avance ; 2^o En second lieu les Ediles curules obligeaient tout vendeur d'esclaves ou de bêtes de trait dans un marché à en faire connaître d'avance par un écriteau les défauts cachés. On s'habitua ainsi à distinguer les clauses de l'acte de sa réalisation.

Cette distinction s'accentua peu à peu et passa bientôt dans le droit privé qui l'accueillit avec d'autant plus d'empressement qu'elle permettait de vendre les fruits à venir, la récolte pendante d'un champ, etc... (1).

(1) Sur ce point, consulter Cuq (Les Institutions juridiques des Romains) p. 59.

Il est certain qu'à un moment donné la vente et le transfert sont devenus absolument distincts et produisent des effets différents. La vente donne simplement naissance à des obligations, elle n'opère plus le transfert proprement dit, il s'effectue ensuite par un mode d'aliénation quelconque : la mancipation, la tradition ou *l'in jure cessio*. Au lieu de s'identifier avec la délivrance, la vente n'en est plus que la cause, *justa causa*.

La partie matérielle de la vente, l'*œs* et la *libra*, finit aussi par disparaître, il ne subsiste bientôt plus que deux stipulations accouplées qui elles-mêmes aboutissent au contrat purement consensuel du droit des gens dont la notion est celle des derniers temps de l'empire et a passé dans le droit français moderne (1).

(1) Cependant une importante différence sépare la vente consensuelle romaine de la vente française telle qu'elle a été conçue par le législateur du Code civil : la vente romaine est génératrice d'obligations, elle ne constitue pas de droit réel ; la vente française est à la fois génératrice d'obligations et translatrice de propriété, le simple accord des volontés y fait passer la propriété de la tête du vendeur sur celle de l'acheteur en même temps qu'il fait naître des obligations réciproques à la charge des parties.

Mais si l'on remonte jusqu'aux commencements juridiques de Rome, jusqu'au temps de la vente-mancipation, on y trouvera une autre vente qui est l'antithèse de celle du droit classique. La fonction normale de la mancipation est non pas de créer des obligations, mais, comme la vente française, de transférer la propriété.

Il semblerait donc qu'on a fini par où on avait commencé, que le

Bref, à partir du moment où on a séparé l'obligation de transférer du transfert lui-même, l'obligation de délivrer imposée au vendeur a toujours été considérée comme un élément distinct de la vente qui en est cependant la source.

législateur du code civil ait préféré le droit barbare des premiers Romains aux institutions du droit classique et de Justinien. Il n'en est rien : la mancipation transférait la propriété par les solennités qui l'accompagnaient, l'acheteur du droit civil devient propriétaire par un simple accord de volontés.

Est-ce à dire qu'aujourd'hui on ne puisse faire une vente créatrice d'obligations ? Non. Ainsi la vente de choses *in genere* que je n'ai pas est absolument une vente romaine et rien ne s'oppose à ce que dans la vente d'un corps certain, les parties décident qu'il en sera de même.

PARAGRAPHE II

Nature de l'obligation de livrer

En quoi l'obligation de livrer consiste-t-elle donc exactement ?

Evidemment elle est d'abord l'obligation à la remise matérielle, à la tradition physique, réelle et sensible. Mais n'est-elle que cela ?

L'intention commune des parties implique en outre la cession, la translation au profit de l'acheteur, de droits que le vendeur a sur l'objet de la vente.

Sur ce point tout le monde est d'accord ; mais les controverses naissent au sujet de la nature de ces droits : le vendeur doit-il transmettre la pleine propriété (*dominium ex jure Quiritium*) ou seulement la possession (*possessio justa*) ? (1)

(1) Le *Dominum ex jure Quiritium* est la propriété complète, absolue, consacrée par le droit civil des XII Tables. Mais à côté du

Un premier système prétend que le vendeur n'est tenu de transmettre à l'acheteur que la possession. Un deuxième système soutient qu'il doit en outre lui fournir la propriété, *dominium ex jure Quiritium*. Enfin, dans un troisième système, on ne précise pas, on pose seulement comme règle générale que le vendeur est obligé de transmettre tous les droits qu'il a sur la chose, par conséquent tantôt le *dominium ex jure Quiritium*, tantôt *l'in bonis*, tantôt la possession, suivant l'étendue de ses droits.

Il faut convenir que les textes sont bien de nature à faire naître les discussions.

Réglant les obligations du vendeur, Paul

dominium est née la propriété bonitaire (*in bonis*). A l'origine la propriété bonitaire est le droit acquis par la tradition sur une *res mancipi* corporelle. Plus tard, elle dépasse le cercle étroit de sa première application, elle est le droit des personnes auxquelles le droit civil plus récent et le prêteur donnent un droit de propriété et à qui l'ancienne législation n'en voulait pas reconnaître. A un moment donné, il y a donc à Rome deux espèces de droit de propriété : le *dominium ex jure Quiritium* et la propriété bonitaire. Sous Justinien le *dominium ex jure quiritium* disparaît (loi unic. code de mod. jur. Quir. VII. 23), *l'in bonis* également pour faire place à la *proprietas* qui donne à celui qui la possède le droit qu'avait le *dominus ex jure Quiritium* et qui est acquise même dans les cas où l'ancienne législation ne donnait que la propriété bonitaire. Il n'y a pas à se demander si le vendeur doit transmettre à l'acheteur la *proprietas* ou seulement le *possessio*, car à l'époque où le premier de ces droits apparaît, la question de l'obligation du vendeur doit déjà être résolue en ce sens qu'il est seulement tenu de transmettre les droits qu'il a sur la chose vendue quels que soient ces droits. Aucun texte d'ailleurs ne parle de la *proprietas* à ce sujet.

(1. pr. *Dig. De rerum permutatione* XIX. 4) écrit : *Venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet*. En d'autres termes : il suffit que le vendeur s'oblige à la garantie en cas d'éviction, qu'il livre la possession de la chose et soit exempt de mauvaise foi. Il est clair que ce texte n'impose au vendeur que la livraison de la possession, *possessionem tradere*.

La loi 25. § 1. *Dig. De contrahenda emptione* XVIII. 1 confirme cette théorie : *Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit*. C'est-à-dire : le vendeur n'est point obligé de transférer à l'acheteur la propriété de la chose comme y est obligé celui qui s'est engagé par stipulation.

Une autre loi du Digeste, la loi 30 § 1. *De actionibus empti et venditi* XIX. 1 est encore plus explicite : *Si sciens alienam rem ignorantem mihi vendideris, etiam priusquam evincatur, utiliter me ex empto acturum putavit in id quanti mea interest meam esse factam : quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri est rem emptori habere liceat non etiam ut ejus faciat, qua tamen dolum malum*

abesse prestare debeat, teneri eum qui sciens alienam non suam ignoranti venditit. Si vous me vendez une chose que vous savez et que j'ignore être à autrui, Julien pense que je puis utilement intenter contre vous l'action de la vente même avant que la chose me soit évincée, afin de me faire indemniser par vous de l'intérêt que j'ai d'avoir la propriété irrévocable de la chose que vous m'avez vendue. Car, quoiqu'il soit vrai que le vendeur n'est obligé de livrer à l'acheteur que la possession de la chose et non à lui en transférer la propriété, cependant, comme il doit être garant de sa mauvaise foi, il est obligé lorsqu'il vend une chose qu'il sait ne pas lui appartenir à quelqu'un qui l'achète la croyant à lui. Les mots : *Quamvis etenim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri ut rem emptori habere liceat non etiam ut ejus faciat* sont formels dans le sens d'une simple transmission de possession.

Toutefois, remarquons que ce texte accordant l'action *ex empto* dans la mesure que l'acheteur a intérêt à avoir la chose en pleine propriété, exige plus que la simple possession, *nuda possessio* (détention). Il faut une possession utile à l'acquisition de la propriété, une possession qui puisse servir de base à l'usucapion. Les

deux textes étudiés avant celui-ci ne sont pas aussi précis, évidemment, c'est par oubli, car on ne tient pour possesseur que celui auquel la possession ne peut pas être enlevée (Loi 22. Dig. *De acq. vel amitt. poss.* XI. 2). Le possesseur qui peut être privé de sa possession n'est plus qu'un simple détenteur.

En somme, les trois textes que nous venons d'examiner n'exigent qu'un transfert de possession. S'ils étaient les seuls relatifs à notre question, il n'y aurait pas à discuter.

Mais Gaius (IV. 131 a) et Paul dans ses Sentences sont avec eux en complète contradiction. L'un et l'autre reconnaissent à l'acheteur le droit de forcer le vendeur à la tradition et à la mancipation : *si id quod emptum est neque tradatur neque mancipetur, venditor cogi potest ut tradat aut mancipet* (Sentences de Paul I. 13 a. 4). Il peut le contraindre à employer pour la transmission de la chose vendue un mode de transfert de la propriété. De même Gaius (IV. 131 a) suppose un acheteur qui intente l'action de son contrat pour obtenir la mancipation de la chose vendue.

Outre ces deux témoignages, on en invoque souvent un troisième qui serait fourni par Plaute. Quelques-uns des passages de Plaute,

qui prouvent que la vente consensuelle existait déjà de son temps, attesteraient également que l'acheteur avait, à cette époque, le droit d'exiger du vendeur la mancipation.

Il faut se garder de donner aux fragments de Plaute une valeur historique qu'ils n'ont certainement pas (1). On ne doit point oublier que cet auteur, comique avant tout, s'inquiétait fort peu de l'exactitude dans la peinture des mœurs et des institutions. Son seul but était d'amuser ses auditeurs. Doué d'une puissante imagination, il inventait sans scrupule ou bien mettait dans la bouche de ses personnages des discours absolument invraisemblables pour des Romains. Travaillant souvent sur des données grecques, il y ajoutait, y retranchait, y changeait suivant les besoins de la situation. Dans le prologue d'une de ses pièces, *Casina*, il fait franchement l'aveu de cette liberté de composition :

*Sunt hic quos credo nunc inter se dicere :
« Quæso hercle quid istud est, serviles nuptiæ,
Servine uxorem ducunt aut poscunt sibi?
Novum attulerunt, quod fit nusquam gentium ».
« At ego aio hoc fieri in Græcia et Cartaghine. »*

(1) Voir pour la critique du témoignage de Plaute : Girard (La garantie d'éviction dans la vente consensuelle. Nouvelle revue historique de droit français et étranger. 1884 p. p. 396 et 397) et Ravier du Magny (Les origines de la vente et du louage en droit romain p. 79).

Et puis Plaute n'était pas juriste, il ignorait certainement le sens précis des expressions employées par les spécialistes du droit, aussi serait-il dangereux de prendre à la lettre et de considérer comme rigoureusement exacte l'exposition, si fréquente chez lui, des marchés ou des procédés de la vie quotidienne.

On doit donc laisser de côté son témoignage.

En résumé trois textes d'une interprétation certaine en faveur du transfert de la possession quiritaire.

A l'appui du premier système, on invoque outre les textes différents arguments :

Se basant sur l'intérêt que le vendeur peut avoir à conserver la propriété pour le cas où le prix ne lui serait pas payé, certains auteurs ont prétendu qu'on ne devait exiger de lui qu'un simple transfert de possession pour lui permettre, dans ce cas, d'exercer l'action en revendication.

Certainement les Romains ne se sont pas arrêtés à cette considération. Il ne faut pas oublier, en effet, que la mancipation et peut-être même aussi l'*in jure cessio* ne transmettaient la propriété, ne produisaient leur effet, qu'à partir du paiement du prix. L'époque

du paiement du prix jouait ici le rôle de terme suspensif.

Ce premier argument renversé, on en invoque un second qui peut se formuler ainsi : Si l'acheteur avait eu le droit d'exiger la propriété quiritaire, cela eût rendu la vente impraticable entre Romains et Pérégrins, puisque ces derniers ne pouvaient acquérir ni par conséquent transférer la propriété.

Mais à ce second argument on oppose des fins de non-recevoir extrêmement sérieuses.

Si, d'une part, il n'est pas douteux que l'acquisition du *dominium* sur les *res Mancipi* immobilières fut de tout temps refusée aux Pérégrins parce que la propriété sur ces choses ne s'acquerrait que par les modes d'acquisition civils, d'autre part il est certain qu'ils purent toujours obtenir sur les *res nec Mancipi* un droit de propriété complète et que, de plus, à un moment donné, les *res Mancipi* mobilières dépouillèrent à leur égard leur caractère de *res Mancipi* ; de telle sorte que les seules choses dont le *dominium* leur était inaccessible étaient les immeubles italiques, car l'aptitude à posséder les fonds provinciaux leur appartenait aussi bien qu'aux Romains (1).

(1) Voir en ce sens : Accarias (Précis de droit romain II. p. 498).

Ensuite, si l'on se place aux débuts du droit, il n'est pas possible que la théorie de la vente ait été organisée en vue des Pérégrins, et cela pour plusieurs raisons :

A l'origine de Rome comme à l'origine de toutes les nations, les relations avec les étrangers étaient à peu près nulles, le commerce international n'existait pas. Les besoins d'ailleurs étaient peu nombreux : le peuple romain, peuple essentiellement agriculteur, trouvait dans les produits du sol de quoi satisfaire aux exigences de la vie ordinaire. Que fallait-il ? Des terres pour cultiver et des instruments de travail ? Des terres, chacun était assuré d'en avoir dans le partage des terres publiques, terres arables et *pascua publica*. Quant aux esclaves et animaux nécessaires pour les travaux des champs, on s'en procurait facilement à la guerre (1).

Et puis, la création du *prætor peregrinus* chargé de diriger les procès où des Pérégrins étaient intéressés ne remonte qu'à l'an 507, c'est-à-dire bien longtemps après la fondation de Rome. Qu'en conclure, sinon que les premiers Romains étaient trop fiers et jaloux de

(1) May (Eléments de droit romain T. II. p. 8).

leurs droits pour avoir égard aux étrangers dans la confection de leurs lois. Il est d'ailleurs une vérité historique, c'est que les premières institutions romaines furent longtemps exclusivement réservées aux seuls citoyens romains.

Que si l'on envisage plus spécialement le droit classique, est-ce que les Pérégrins ne peuvent pas stipuler ou promettre une dation ? Pourquoi donc ne pourrait-il pas aussi figurer dans une vente quand même la vente entraînerait en général l'obligation de donner, c'est-à-dire de transférer la propriété quiritaire ?

Cette argumentation semble bien établir que le vendeur est tenu au transfert de la propriété. Mais elle a contre elle les textes que nous avons cités : Loi 1 pr. Dig. *De rerum permutatione* XIX. 4 ; loi 25. § 1. Dig. *De contrahenda emptione* XVIII. 1 ; loi 30 § 1. Dig. *De act.*

Comment expliquer une telle divergence d'opinions entre les jurisconsultes et quel parti prendre ?

La réponse est facile. Les textes qui sont en contradiction se rapportent à des époques différentes de l'histoire de la vente. Ceux qui exigent du vendeur le transfert de la propriété sont relatifs à la vente au temps où la mancipation en était la forme. Ceux qui se contentent d'un

transfert de possession ont trait à la vente des époques suivantes : vente-stipulation et vente consensuelle.

Au temps de la vente mancipation, le transfert du *dominium* était chose absolument nécessaire et inévitable. Il avait lieu dans tous les cas. Les paroles prononcées solennellement par l'acquéreur ne laissent aucun doute à cet égard : ainsi s'agissait-il d'un esclave ? il disait : *hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc æneaque libra*. Il affirmait être devenu par la vente propriétaire *ex jure quiritium*, c'est-à-dire avoir acquis le *dominium*.

Quand, pour les raisons que nous avons énumérées, la mancipation eut disparu pour faire place à la stipulation et au contrat consensuel, l'aliénateur ne s'engagea plus nécessairement à *rem dare*, il put ne promettre que la livraison de la possession : *qui vendidit necesse non habet fundium emptoris facere* (Loi 25 § 1. Dig. *De contrahenda emptione* XVIII. I). Si pareille faculté n'avait pas été accordée au vendeur en cas de vente consensuelle, le *negotium* nouveau emprunté par les Romains au *jus gentium* pour la commodité du commerce juridique, n'eût pas

offert tous les avantages pratiques qu'on avait eus en vue en l'admettant au rang des contrats.

Dès lors, la formule de l'obligation du vendeur en matière de livraison est la suivante : « Il faut et il suffit que le vendeur confère à l'acheteur tous les droits qu'il a sur la chose et dont celle-ci est susceptible eu égard à sa nature et à la capacité des contractants (1) ».

Envisageons les différentes hypothèses qui peuvent se présenter et voyons comment la règle que nous venons de formuler doit s'appliquer :

1° Si le vendeur a sur la chose le *dominium ex jure Quiritium*, il doit conférer ce droit à l'acheteur. La loi II. § 2. Dig. *De act. empt.* XIX. I dit à ce sujet : *Et in primis ipsam rem præstare venditorem oportet, id est, tradere : quæ res si quidem dominus fuit venditor facit et emptorem dominum.* En d'autres termes : le vendeur doit remettre la chose à l'acheteur, c'est-à-dire la lui livrer, ce qui l'oblige à lui transmettre le *dominium* quand il l'a. Pour cela il emploiera soit la mancipation si la chose est *res Mancipi*, soit la tradition si la chose est *res nec Mancipi*.

Pour citer notre texte complètement, il faut

(1) May : *Elément de droit romain* TII. p. 122.

ajouter : *si non fuit tantum evictionis nomine venditorem obligat si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum.*

Il déclare donc que l'acte dont il traite rendra l'acheteur propriétaire si le vendeur l'était et sinon rendra le vendeur responsable de l'éviction.

Précisant davantage, certains auteurs décident qu'il signifie exactement que le vendeur doit, selon les circonstances faire mancipation ou tradition ce qui, si la propriété appartient à l'aliénateur, la transfère, et si elle ne lui appartient pas, assure un recours en garantie soit en vertu de la mancipation par l'action *auctoritatis*, soit en vertu de la vente par l'action *empti*. D'après d'autres, il voudrait dire, mais alors il s'agirait seulement des *res Mancipi*, que l'obligation de livrer s'accomplit par une mancipation qui transfère la propriété si l'aliénateur est propriétaire et qui, s'il ne l'est pas, fait naître une action en garantie, l'action *auctoritatis*.

Pour adopter l'une ou l'autre de ces interprétations qui toutes deux tendent à prouver l'obligation de manciper dans la vente d'une *res Mancipi*, il faut évidemment changer quelque chose au texte, car il n'y est nullement question de mancipation ; il faut admettre qu'il ne disait

pas *id est tradere*, mais *id est Mancipare* ou bien *id est tradere aut Mancipare*. On le considère alors comme interpolé ; c'est, en effet, l'opinion générale aujourd'hui.

Très justement on fait valoir qu'Ulpien, car notre texte est de lui, a toujours un langage juridique rigoureusement exact, que partout où il a employé le mot *dominus*, il l'a exclusivement appliqué au propriétaire quiritaire (*Regulæ. 19 § 17 : Traditio est propria alienatio rerum nec Mancipi. Harum rerum dominium ipsa traditione adprehendimus § 5 : Usucapione dominium adipiscimur tam Mancipi rerum quam nec Mancipi*), que dès lors n'ayant pas pu dire que la tradition transférerait la propriété quiritaire des *res Mancipi*, c'eût été une grave erreur, il avait dû insérer dans le texte original le mot *Mancipare*. (1)

Dans le cas d'aliénation d'une *res Mancipi*, le vendeur ne pourrait remplacer la mancipation par l'*injure cessio*. Gaius, il est vrai, dit (11 § 22) : *quod valet Mancipatio idem valet in jure cessio* ; mais il faut se garder de donner à ce texte une portée exagérée. L'*in jure cessio* trans-

(1) Sur cette question consulter Girard (La garantie d'éviction dans la vente consensuelle. Nouvelle revue historique de droit français et étranger 1884 p. p. 397 et 398);

fère bien la propriété des choses *mancipi* comme la mancipation, mais elle ne fonde pas comme elle l'action *auctoritatis*. L'acheteur qui a le droit d'exiger la mancipation ne peut, sauf convention contraire, pas plus être forcé de se contenter de l'*in jure cessio* que de la tradition. Il a droit à une mancipation régulière produisant son plein et entier effet. (1).

Bien plus, il n'y aurait pas vente, s'il était convenu entre les parties que l'acheteur ne pourrait pas exiger le transfert de la propriété quiritaire : *nemo potest videri eam rem vendidisse de cujus dominio id agitur ne ad emptorem transeat* (Loi 80. § 3. Dig. *De contrah. empt.* XVIII. 1).

Mais continuons l'examen des différentes hypothèses qui peuvent se présenter :

2° Dans le cas où le vendeur n'a pas la propriété quiritaire, mais seulement l'*in bonis*, il aura satisfait à son obligation de *rem præstare* en transférant les droits qu'il a par simple tradition.

3° Il peut se faire que le vendeur n'ait aucun

(1) Girard : L'action auctoritatis. Nouvelle revue historique de droit français et étranger 1882. p. 191 note 1. Et : la garantie d'éviction dans la vente consensuelle. Nouvelle revue historique de droit français et étranger. 1884. p. 399. L'action auctoritatis est l'action qui sert de sanction au défaut d'assistance du vendeur en cas d'éviction de l'acheteur par le *verus dominus*.

droits sur la chose vendue. Il a alors vendu la chose d'autrui. N'ayant aucun droit, il ne peut en transmettre aucun. La vente est-elle valable ?

Quand la vente avait lieu par la solennité de la mancipation, il est certain que la vente de la chose d'autrui était nulle, car alors on se heurtait à l'impossibilité du transfert de la propriété quiritaire puisque le vendeur ne l'avait pas et que cependant il devait nécessairement la transmettre (1).

Plus tard, quand le contrat de vente est devenu une cause génératrice d'obligations, la vente de la chose d'autrui est juridiquement possible : le vendeur n'a qu'à se procurer la chose, qu'à l'acquérir de son propriétaire et à en transférer la propriété à l'acheteur. S'il ne le fait pas ou s'il ne réussit pas dans ses négociations avec le *verus dominus*, il s'expose à l'action *empti*.

Nous avons jusqu'ici supposé que les parties savaient l'une et l'autre que la vente portait sur la chose d'autrui, mais il pourra arriver que l'une ou l'autre, l'acheteur ou le vendeur, l'ait ignoré. Rarement ce sera le fait du vendeur, car

(1) La vente de la chose d'autrui est également nulle en droit français (C. ctr. art. 1599), mais pour une raison toute autre qu'en droit romain. Ce n'est pas parce que la vente s'identifie avec le transfert, mais parce que toute obligation de livrer un corps certain entraîne nécessairement le transfert de la propriété.

celui-ci connaît généralement l'étendue des droits qu'il a sur les choses en sa possession ; plus souvent ce sera le fait de l'acheteur, car en voyant une chose entre les mains du vendeur, il a tout lieu de croire que celui-ci en est propriétaire. Quoi qu'il en soit, le vendeur n'ayant pas la propriété n'a pu la transmettre à l'acheteur ; si donc le propriétaire agit en revendication contre ce dernier, celui-ci sera obligé de lui restituer la chose, il aura toutefois un recours contre son vendeur.

Tant que l'acquéreur n'est pas troublé par le *verus dominus*, c'est-à-dire avant toute éviction, peut-il poursuivre son vendeur ? A cet égard les textes font une distinction : Si l'acheteur a su qu'il acquérait la chose d'autrui, évidemment il ne peut se plaindre puisqu'il a encouru volontairement les risques de l'éviction. Si, au contraire, il a été de bonne foi, il importe de savoir si le vendeur lui aussi a été de bonne foi ou s'il a été de mauvaise foi. Dans le premier cas, toute action est également refusée à l'acheteur contre le vendeur, car celui-ci a rempli son obligation dès qu'il a livré la chose avec tous les droits qu'il avait sur elle si imparfaite qu'ils soient (s. pr. Dig. *De rerum permūt* XIX. 4). Dans le second cas, il n'en est plus de même,

l'acheteur peut intenter immédiatement l'*action empti* contre le vendeur. En vain celui-ci objecterait-il qu'il a rempli son obligation en livrant le seul droit qu'il avait, le *nuda possessio*, l'acheteur lui répondrait victorieusement qu'il doit s'abstenir de tout vol, *purgari dolo malo*, et que de ce chef il lui doit dès à présent indemnité (30 § 1. Dig. De act. empt. XIX. 1). Toutefois, remarquons le bien, ce n'est pas parce qu'il est tenu de transférer la propriété que, dans notre hypothèse, le vendeur peut être poursuivi, mais parce qu'il doit se garder de toute mauvaise foi.

L'examen des différentes hypothèses que nous venons d'envisager prouve surabondamment que l'obligation de livrer ne doit pas nécessairement avoir pour objet le transfert de la propriété quiritaire, mais que cela peut arriver et doit arriver en effet quand le vendeur est propriétaire quiritaire. En d'autres termes, et pour employer les expressions juridiques romaines, tantôt le vendeur est tenu de *dare*, tantôt il est tenu de *præstare*.

En outre, les parties jouissent à cet égard d'une certaine liberté : les obligations du vendeur sont susceptibles de toutes les augmentations qu'il leur plaît. C'est ainsi que souvent ce

dernier, par une *promissio dandi*, s'obligera à transférer la propriété quiritaire dans les cas où cependant il n'est tenu qu'à un transfert de *justa possessio*.

PARAGRAPHE III

Conditions d'exécution et d'efficacité de la livraison.

Examinons maintenant les conditions d'exécution et d'efficacité de la livraison.

Bien évidemment, le vendeur ne peut remettre la chose vendue à l'acheteur et lui transférer des droits sur cette chose que s'il l'a encore en sa puissance et n'a pas perdu les droits qu'il avait sur elle ; s'il n'avait plus ni possession ni droits, aucun transfert ne lui serait possible, la livraison n'aurait plus d'objet. Le bon sens exige donc que le vendeur conserve la chose vendue jusqu'à la livraison.

Le corollaire nécessaire, la conséquence immédiate de l'obligation de livrer, est en effet, pour le vendeur, l'obligation de conserver,

custodia (35. § 4. Dig. *De contrahenda emptione*. XVIII. 1 ; 36. *De act. empt.* XIX. 1).

Cette dernière obligation exige du vendeur qu'il s'abstienne de toute action ou omission, faite sciemment et de mauvaise foi, qui aurait pour effet soit la destruction totale ou partielle de la chose vendue, destruction qui rendrait la livraison impossible ou incomplète, soit aussi la perte de tout ou partie des droits qu'il a sur cette chose.

Le vendeur doit conserver la chose parce qu'il doit la livrer, il doit donc s'abstenir de tout dol dont l'effet serait de rendre la livraison impossible. La prohibition du dol est générale et s'étend à l'exécution de tous les contrats, qu'ils soient de droit strict ou de bonne foi, en outre, elle est absolue, c'est-à-dire que toute convention tendant à exonérer le débiteur de son dol est nulle : *illud nulla pactione effici potest ne dolus præstetur* (27. § 3. Dig. *de pactis*. II. 14). Si le vendeur contrevient par dol à l'obligation de conserver, l'acheteur aura un recours en dommages-intérêts contre lui au moyen de l'action même du contrat, l'action *emti*. C'est ce qui arrivera si, dans l'intervalle de la vente à la livraison, le vendeur a aliéné la chose vendue à un nouvel acquéreur et s'il a mis ce nouvel

acquéreur en jouissance ; dans ce cas, il ne pourra plus opérer la livraison au profit du premier acquéreur, à moins que le second ne consente à une rétrocession, si celui-ci s'y refuse, il sera tenu envers le premier à des dommages-intérêts. (6. § 8. Dig. *De act. emp.* XIX).

Supposons que la livraison soit devenue impossible par la destruction de la chose non pas à la suite de dol, mais d'un fait qui ne témoigne pas, de la part du vendeur, d'une intention arrêtée de nuire, c'est-à-dire d'une faute. Dans cette hypothèse l'acheteur aura-t-il le droit de ne pas payer le prix et de le réclamer s'il a déjà payé, ou bien, au contraire, sera-t-il tenu au paiement ? Qui supportera la perte ? (La question ne peut se poser que lorsqu'il s'agit de corps certains ou d'un genre tout entier ; on ne peut, en effet, supposer la perte ou la détérioration de choses de genre considérées dans leur individualité puisque les choses de genre sont indéterminées.)

On sait qu'en droit romain il faut distinguer la faute lourde (*culpa lata*) et la faute légère (*culpa levis*) (223. pr. et 226 Dig. *De verb. signif.* I. 16 ; 25 pr. Dig. *locati conducti.* XIX. 2 ; 11. Dig. *De peric. rei vend.* XVIII. 6). Le

vendeur répond-t-il de la *culpa lata* seulement ou aussi de la *culpa levis* ?

La vente est un contrat synallagmatique où le débiteur de la livraison, le vendeur, retire un avantage puisqu'il reçoit le prix. Or, en règle générale, toutes les fois que le débiteur tire profit du contrat sa responsabilité doit être très étendue, plus étendue certainement que dans le cas contraire et quand bien même le créancier de son côté retirerait un avantage du contrat (27. § 3. Dig. *De reg. jur.* ; 5 § 2. Dig. *Commod.* XIII. 6 ; 17. § 2. Dig. *De præscriptis verbis.* XIX. 5). On dit alors qu'il répond non seulement de la *culpa lata*, mais encore de la *culpa levis*, c'est-à-dire qu'il doit les soins d'un bon père de famille. Ainsi la loi 11. Dig. *De peric. rei vend.* XVIII. 6 examine le cas où la maison vendue a été brûlée avant que la livraison ait été effectuée, elle décide alors que le vendeur qui a apporté une diligence raisonnable à la garde de la maison ne répond pas de l'incendie occasionné par la négligence de ses esclaves. Pourquoi ? parce qu'il n'a pas à se reprocher une faute que ne commettrait pas un bon administrateur, une *culpa levis* : la conclusion forcée est qu'il répond des fautes de ce genre. Le texte est formel : *quamobrem si venditor eam diligentiam*

adhibuerit in insula custodienda quam debent homines frugi et diligentes præstare, nihil ad eum pertinebit (1).

Le même texte permet de donner immédiatement la solution d'une autre question : Le vendeur répond-il du cas fortuit et de la force majeure, c'est-à-dire, est-il responsable quand par suite d'un cas fortuit ou de la force majeure, il ne peut pas exécuter la livraison ?

Le cas fortuit est *omne quod humano cœptu provideri non potest*, il suppose plus spécialement le fait de la nature et de ses éléments. La force majeure s'entend d'événements qui dérivent du fait de l'homme lui-même comme le vol à main armée (23. Dig. *De reg. jur.* L. 17 et 18. Dig. *Commod.* XIII. 6), la fuite d'esclaves qu'il n'est pas dans l'usage de surveiller, la guerre. Mais le cas fortuit et la force majeure ont ce point

(1) Les anciens interprètes, entr'autres Accursc, les Glossateurs et Pothier, adoptaient comme romaine une division tripartite des fautes correspondant à trois sortes de contrats : ceux où le débiteur ne retire aucun avantage et où il répond seulement de sa *culpa lata*, ceux où les parties retirent chacune un avantage, ceux enfin où le débiteur seul retire un avantage et où sa responsabilité s'étendrait jusqu'à la *culpa levissima*. Cette théorie, qui aggrave la situation du débiteur, n'est plus guère soutenue aujourd'hui. Sans d'ailleurs la discuter, disons que quant à la responsabilité du vendeur, elle est absolument d'accord avec la division que nous avons adoptée des fautes en deux espèces. En effet, dans l'une et l'autre, on lui impute la *culpa levis*, dans la nôtre parce qu'il tire un avantage du contrat, dans la division tripartite parce que lui et l'acheteur profitent du contrat.

de commun qu'ils sont des événements qu'on ne peut ni prévoir ni empêcher (1).

La loi 11. Dig. *De periculo rei vend.* XVIII prévoit le cas fortuit d'incendie de constructions. Que décide-t-elle ? Le vendeur n'est pas responsable parce qu'il n'a pas de faute à se reprocher. Généralisant cette décision, on peut établir la règle suivante : si le vendeur n'a pas commis de faute, c'est-à-dire si la chose a péri ou a été détériorée fortuitement, le risque est pour l'acheteur (Institutes III. 23. § 3.)

Cette solution peut d'ailleurs se justifier en raison : l'acheteur bénéficie de l'accroissement et des améliorations qui ont leur cause dans le pur effet du hasard, il est juste qu'en retour il supporte les risques. Au fond, notre règle n'est donc que l'expression de la volonté probable des parties. Chacun sans doute ne s'oblige qu'autant que l'autre s'oblige aussi et le contrat ne se forme pas d'un côté sans se former de l'autre, mais une fois qu'il est parfait, les deux obligations sont dans un état d'indépendance réciproque : celle du vendeur qui a pour objet un corps certain peut s'éteindre ou s'altérer sans que celle

(1) Quand on se demande à qui incombent les risques de la chose vendue, on suppose évidemment, comme pour la perte en cas de vol ou de faute, que cette chose est déterminée.

de l'acheteur, qui a pour objet une quantité, subisse la moindre modification.

Nous pouvons encore invoquer plusieurs textes qui, relatifs aux rapports de créancier et de débiteur, mettent sans hésiter les risques à la charge du créancier. Or, en ce qui concerne l'obligation de livrer, le créancier est l'acheteur puisqu'il a le droit de l'exiger et le débiteur est le vendeur puisqu'il est tenu d'exécuter la livraison. C'est d'abord la loi 91 § 3 *in fine*. Dig. XLV. 1. *De verbo oblig.* de Paul, *in pari causa melior est causa possidentis*. Puisque le débiteur n'est en aucune façon en faute, la situation des deux parties est identiquement la même, il n'y a pas lieu de faire retomber le dommage sur l'un plutôt que sur l'autre, il faut laisser les choses dans le statu quo, c'est ce que l'ont fait en mettant les risques à la charge du créancier. C'est ensuite la loi 14 § 1. Dig. *Depositi vel contra* XVI. 3, tirée de Gaius : les risques sont pour le créancier parce que la chose aurait également péri chez lui si le débiteur s'était préalablement exécuté.

Et non seulement le vendeur n'est pas tenu d'exécuter la livraison, elle est d'ailleurs impossible par la force même des choses, mais encore il ne peut être contraint à verser à l'acheteur la

valeur de l'objet vendu en argent ou à restituer le prix. Le débiteur d'un corps certain est complètement et définitivement libéré par la perte provenant de cas fortuits, ce qu'on exprime souvent à l'aide du brocard suivant : *debitor rei certæ fortuito interitu ejus liberatur*.

Voyons comment s'appliqueront ces principes dans la vente de marchandises qu'on a l'habitude de compter, de peser, de mesurer. Si je vends cent mesures de blé *in genere*, la question des risques ne peut se poser ou, si l'on aime mieux, c'est toujours moi, vendeur, qui les supporte. Si je vends un tas de blé déterminé et pour un prix unique (vente *per aversionem*), il y a vente pur et simple d'un corps certain et les risques sont pour l'acheteur (3o. § 5. *De contrahenda emptione* XVIII. 1). Si je vends tel tas de blé, mais à tant la mesure, la vente est affectée d'une condition, car le mesurage seul fixera la quantité vendue et le prix à payer. Je supporterai donc les risques tant que le blé n'aura pas été mesuré (Loi 35 § 5 *De contr. empt.*). Si je vends tant de mesures à prendre sur tel tas de blé, il faut reproduire la décision précédente, car jusqu'au mesurage on ne saura pas si la quantité vendue peut être fournie tout entière (Loi 35 § 7.

De contrahenda emptione XVIII. 1 et 5. *De periculo et commodo rei venditæ* (1).

Jusqu'ici nous avons supposé une vente pure et simple. Si la vente est conditionnelle, les principes ne sont plus les mêmes. Dans le cas de vente sous condition suspensive et de perte de la chose *pendente conditione*, il faut faire une distinction :

Y a-t-il perte partielle ou détérioration ? La solution est la même que quand la vente est pure et simple, par conséquent le risque est pour l'acheteur : *Sane si exstet res, licet deterior affecta, potest dici damnum emptori* (Loi 8. pr. Dig. *De periculo et commodo rei venditor* XVIII. 6. S'agit-il d'une perte totale ? C'est le vendeur qui la supporte, car la condition venant ensuite à se réaliser, l'obligation de livrer ne se forme pas faute d'objet, et par conséquent celle de l'acheteur qui ne peut naître que corrélativement à celle du vendeur ne se forme pas non plus : *stipulationes et legata conditionalia périmuntur si, pendente conditione, res extincta fuerit.* (Loi 8. pr. Dig. XVIII. 6). Il semble bien que cette solution est contraire au principe de la

(1) Voir Accarias : Précis de droit romain T II. p. 463, note.

rétroactivité de la condition accomplie. Cependant il n'en est rien, car avant de rétroagir il faut que la condition puisse agir (1),

Dans le cas de vente sous condition résolutoire, ne doit-on pas donner la même solution en sens inverse que pour la vente sous condition suspensive ? Bien des interprètes admettent l'affirmative ; si la chose vendue vient à périr entièrement *pendente conditione*, les risques sont pour l'acheteur. Y a-t-il simple détérioration ? C'est le vendeur qui doit la supporter. Ils justifient cette décision par un raisonnement qui ne manque pas d'ingéniosité. L'acheteur sous condition résolutoire est, disent-ils, vendeur sous condition suspensive, or, dans la vente sous condition suspensive, les risques sont s'il y a perte partielle, pour l'acheteur, et s'il y a perte totale, pour le vendeur.

En réalité, dans ce système, on donne à la vente sous condition résolutoire un double caractère : on la considère d'une part comme vente sous condition résolutoire, d'autre part comme vente sous condition suspensive. Cette distinction ne semble pas admissible, il n'y a pas deux contrats, mais un seul susceptible

(1) Accarias (Précis de droit romain, T II, p. 461, note 1).

d'être maintenu ou d'être anéanti. Quand la résolution se produit, tout tombe, les choses sont remises dans l'état où elles étaient avant qu'on ne contracte. L'acheteur ne doit pas payer le prix, il n'est tenu qu'à restituer ce qui subsiste de la chose, sa dette se trouve éteinte par la perte de son objet, il ne faut pas oublier l'adage *debitor rei certæ fortuito interitu ejus liberatur*. Quant au vendeur, il est tenu de rendre le prix, son obligation porte sur une chose de genre qui n'a pu périr, en définitive c'est lui qui supporte les risques.

Dans le cas d'une vente alternative, si l'une des choses dues vient à périr fortuitement, l'acheteur a-t-il le droit d'exiger ou peut-il être contraint d'accepter, au lieu et place de la chose périée, la valeur pécuniaire de cette chose ? Le choix, qu'il appartienne à l'acheteur ou au vendeur, reste-t-il intact ou bien le cas fortuit a-t-il pour effet de limiter l'obligation à la chose qui subsiste ? Ainsi, supposons que j'aie vendu à Primus Stichus ou Pamphile. Avant la livraison, l'un ou l'autre, Pamphile par exemple, meurt. Primus pourra-t-il, si le choix lui est laissé, me réclamer la valeur de Pamphile aussi bien que Stichus ? La loi 95 pr. Dig. *De solutionibus et liberationibus* XLVI. 3 répond non.

Et nous pensons qu'il doit en être de même quand le choix est attribué au vendeur : en effet, la seule chose due est celle qui reste, en vertu de quel principe autoriserait-on le vendeur qui, dans l'espèce, est débiteur, à forcer l'acheteur, c'est-à-dire son créancier, à recevoir l'estimation d'une chose qu'on ne lui doit pas au lieu et place de celle qui lui est due et qui lui est seule due puisqu'on s'est engagé à la lui donner à défaut de la première ! (1)

C'est ici le lieu de rappeler le fameux adage : *res perit domino* (Constitution de Dioclétien — Loi 9. Code. *De pign. act.* IV. 24). Son interprétation a soulevé des difficultés. Ou bien il signifie que, quand la chose périt par cas fortuit, le propriétaire perd sa propriété, il est alors exact et ne contredit en rien notre théorie des risques. Ou bien il veut dire que la perte par cas fortuit nuit toujours au propriétaire et ne nuit qu'à lui seul, il est une erreur et la contradiction existe. En effet, la perte fortuite d'une chose entraîne l'extinction de tous les droits dont elle est l'objet, le vendeur propriétaire perd sa propriété et l'acheteur simple créancier perd

(1) Les solutions que nous donnons dans le cas de vente sous condition résolutoire et de vente alternative sont tirées du livre de M. Georges Hatté sur les « Risques en droit romain ».

sa créance. « Mais des deux quel est en réalité celui qui éprouve un préjudice ? Ce n'est pas le vendeur puisqu'il allait être obligé de se dépouiller de la chose, mais bien l'acheteur qui reste tenu de la payer et qui ne la recevra pas (1).

Si, après la destruction de la chose vendue, certains accessoires de cette chose subsistent, le vendeur sera tenu de les livrer à l'acheteur. Il n'y a pas de raison, en effet, pour ne pas généraliser la décision des Institutes (III. 23. 3) relativement aux actions qui portent sur la chose, décision d'après laquelle le vendeur doit, en cas de perte de la chose, céder à son acheteur les actions qu'il a pu acquérir, l'action de la loi *Aquiliana* si elle a été détruite par un tiers ou, si elle a été volée, la *rei vindicatio* et l'action *furti*.

Mais il peut arriver que plus tard la chose revive ou, plus exactement, que la force majeure cesse. Ainsi un terrain qui est devenu chose sacrée peut reprendre sa condition première de terrain profane. Le vendeur sera-t-il obligé à nouveau ? On doit répondre non (88. § 8. Dig. *De solut.* XLVI. 3). Cette solution se légitime de la façon suivante : l'obligation est éteinte et on ne peut admettre que réellement elle renaisse ;

(1) Accarias (Précis de droit romain T II, p. 40) note 1).

d'ailleurs, en ce qui concerne la chose, est-ce bien elle-même qui renaît ? Non, juridique-ment parlant. La solution contraire fut professée par Celse (79. § 3. Dig. *De contrah. emt.* XVIII. 1), mais son opinion, d'après Paul (98. § 8. rig. *De solut.* XLVI, 3), ne prévalut pas : *nec admissum est quod Celsus ait*. Et cependant il semble bien qu'en décidant ainsi Celse se montrait équitable. Pourquoi ne pas admettre par une fiction juridique comme on en voit quelques exemples dans le droit, que l'obligation est non pas éteinte, mais seulement paralysée, qu'en conséquence le vendeur est tenu d'exécuter la livraison ?

Se basant sur certains textes de Paul et d'Africain, d'aucuns ont prétendu que la véritable théorie romaine, en ce qui concerne les risques, met ceux-ci à la charge du vendeur et non de l'acheteur. On se gardera de donner au témoignage de Paul une sérieuse importance si l'on songe que Paul admettait la même doctrine que les Institutes (7. pr. Dig. *De per et connu.* XVIII. 6). D'ailleurs les textes de cet auteur s'expliquent tout naturellement par l'idée qu'ils visent non pas la perte par cas fortuit, mais la perte à la suite d'une faute du vendeur.

Il est plus difficile, semble-t-il, de détruire

l'autorité du texte d'Africain : Ce texte est ainsi conçu : *Nam et si vendideris mihi fundum, isque priusquam traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto : quod hactenus verum erit ut pretum restituas, non ut etiam id præstes, si quid pluris mea intersit vacuum mihi tradi.* En d'autres termes : Un fonds vendu ayant été confisqué avant la tradition, le vendeur ne peut pas garder le prix, mais il n'est pas tenu de payer des dommages-intérêts.

De ce texte il semble bien résulter que les risques sont pour le vendeur ; mais les arguments suivants portent une sérieuse atteinte à la valeur qu'on serait tenté de lui attribuer.

D'abord dans un autre texte, Africain adopte la théorie contraire (39. Dig. *Depositi vel contra* XVI, 3) : *Si soluturus pecuniam tibi, jussu tuo signatam eam apud nummularium quod probaretur, deposuerim ; tui periculi eam fore* Mela libro decimo scribit, quod verum est. Ainsi Africain approuve une décision de Méla d'après laquelle l'argent déposé chez un banquier est aux risques du créancier. Dans la vente les risques de la chose vendue seront donc pour le créancier de la livraison, c'est-à-dire pour l'acheteur.

Ensuite ce texte n'est pas placé au siège de la

matière, il se trouve dans la matière du louage et ce n'est qu'accidentellement qu'il s'occupe des risques.

Enfin on peut l'expliquer soit en admettant qu'il vise le cas où le vendeur a encouru la confiscation par sa faute, soit en le considérant comme la simple reproduction d'une opinion de Julien (1).

Il faut donc revenir à la première théorie, à celle qui met les risques à la charge de l'acheteur du jour de la vente, c'est d'ailleurs celle qu'adoptent la plupart des interprètes.

Le principe qu'elle établit reçoit une triple exception ; lorsque le cas fortuit est la conséquence d'une faute du vendeur, qu'il survient après sa mise en demeure, enfin lorsque par une convention spéciale les parties ont formellement dérogé à la règle générale. Au surplus, pour que la mise en demeure produise un tel effet, il faut qu'il y ait eu mise en demeure dans toute la force du terme : interpellation régulière de la part de l'acheteur et résistance injuste de la part du vendeur (32 pr. Dig. *De usuris et fructibus, et causis et omnibus accusationibus et mora*.

(1) Voir en ce sens : Accarias (Précis de droit romain T II p. 462, note).

XXII. 1. et 127. Dig. *De verborum obligationibus* XLV. 1).

Il ne faudrait pas confondre la *facultas dandi* et l'*impedimentum naturale*. En d'autres termes, il faut nettement distinguer l'impossibilité de la simple difficulté d'exécution. Ainsi le vendeur ne doit s'en prendre qu'à lui-même s'il s'est engagé à vendre une chose qu'il ne peut se procurer. « C'est cette idée qu'expriment les jurisconsultes en disant que la *facultas dandi* est à la charge du débiteur, tandis que l'*impedimentum naturale*, c'est-à-dire l'impossibilité d'exécuter, est à la charge du créancier (Loi 137. § 4. Dig. *De verb. oblig.* XLV. 1) (1) ».

Nous avons supposé jusqu'ici qu'un cas fortuit a été obstacle à la livraison parce qu'il a détruit la chose vendue, mais supposons que le cas fortuit, au lieu de porter sur la chose vendue, se soit attaquée au vendeur lui-même, que par exemple avant que le vendeur ait pu faire livraison une guerre imprévue l'ait obligé à un brusque départ. Il est certain que pour ce fait l'acheteur n'a aucune action en dommages-intérêts contre le vendeur. Celui-ci n'a pas commis de faute et *impossibilium nulla obligatio est* dit la loi 185 au Digeste L. 17. *De regulis juris*, loi

(1) May : Elémens de droit romain. N^o 292, note 13.

qui, bien que se référant à une impossibilité préexistante à l'obligation, s'applique avec la même évidence à une impossibilité survenue depuis sa naissance. D'autre part, il n'est pas douteux que quand cessera l'obstacle à la livraison, quand le vendeur recouvrera sa liberté, il devra exécuter l'obligation de livrer.

On a vu que la condition primordiale de l'exécution de l'obligation de livrer est la conservation par l'aliénateur de la chose vendue et des droits qu'il a sur elle. Que faut-il pour que la livraison soit efficace ?

Si, d'une part, le vendeur est tenu de livrer la chose, d'autre part, l'acheteur doit payer le prix (Loi 13. § 8. Dig. *De act. emp.* XIX. 1). Cette dernière obligation est le contrepied de la première : en ne payant pas le prix, le vendeur s'expose à voir échouer ses réclamations et le vendeur peut garder la chose *quasi pignus* en vertu du droit de rétention. La créance de chaque contractant est ainsi protégée par un droit de rétention, puisque le paiement du prix peut être refusé au vendeur qui ne livre pas et la tradition à l'acheteur qui n'offre pas le prix (Gaius IV. 126. 13. § 8. Dig. et 25. *De actionibus empti et venditi* XIX. 1. 22. Dig. *De*

hereditale et actione vendita. XVIII. 4 ; 14.
§ 1. *De furtis*. XLVII. 2).

Toutefois, à la différence du vendeur qui n'est tenu en général que de *præstare*, l'acheteur doit non seulement livrer les deniers, mais encore en transporter la propriété, *dare* (Loi 11. § 2. *Dig. De act. emt.* XIX. 1).

Le droit de rétention, *jus retentivum*, n'est pas le seul moyen de protection donné au vendeur contre l'insolvabilité de l'acheteur. Les Institutes de Justinien en indiquent un autre qu'on peut formuler en ces termes : quand le vendeur est propriétaire et que le prix n'est pas payé, la tradition n'opère pas translation de propriété; ce qui lui permet de conserver la propriété sur la chose et par suite d'agir en revendication s'il le juge à propos : *Venditor vero res et traditæ non aliter emptori acquiruntur quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit veluti ex promissore aut pignore dato* (Institutes II. 1. 41).

Par conséquent, pour que la tradition soit efficace, il faut qu'elle soit précédée ou accompagnée du paiement du prix. Jusque là, et quand bien même la vente serait pure et simple, l'aliénation est suspendue par le terme tacit : quand le prix sera payé. Justinien nous apprend

que cette disposition existait déjà dans la loi des XII Tables et il ajoute qu'elle est de droit naturel : *quod cavetur etiam lege Duodecim Tabularum, tamen recte dicitur et jure gentium, id est, jure naturali id effici.* (Institutes II. 1. 41). Elle est fondée sur l'intention présumée des parties contractantes. Il est certain, en effet, que le vendeur ne consent à se dépouiller de ses droits qu'à la condition d'en toucher le prix. Dès lors pourquoi ne pas lui supposer l'intention de garder son droit jusqu'à ce qu'il sera complètement désintéressé ; il aura l'action en revendication qui lui permettra de ne pas courir les risques de l'insolvabilité de l'acheteur.

Maintenant faisons deux remarques qui ont une certaine importance : D'abord pour que le vendeur puisse exercer l'action en revendication, il faut évidemment que le délai pour l'usucapion ne soit pas écoulé. Ensuite, avant l'application de l'action en revendication aux *res nec mancipi*, avant que la notion de propriété fût étendue aux choses de cette espèce, le vendeur avait, au lieu de l'action en revendication, l'action *or exhibendum*.

Au fait le système des Institutes est une conséquence du caractère commutatif de la vente dans le très ancien droit. La vente étant alors

l'échange de deux prestations, on ne pouvait songer comme on l'a fait plus tard, lorsque la vente fut un contrat productif d'obligations, à prorroger l'exécution de l'engagement contracté par l'acheteur. A défaut d'argent, il fallait donner au vendeur un équivalent : telle fut la règle posée par les *décemvirs* pour la tradition. Dans l'ancien droit, il y avait des modes de satisfaction considérés comme argent comptant : telle était la *prædis datio* exigée dans les ventes faites pour le compte de l'Etat. En droit privé, il existait une forme d'engagement analogue, la *vadis datio* ; son application en matière de vente est attestée par Varron *De re rustica* (I. VI. 8-74).

Considérant l'exigence du paiement du prix comme une simple interprétation de volonté, on la fait tomber devant une volonté manifestement contraire, que cette volonté soit expresse ou tacite. C'est ce qu'on décide quand le vendeur s'est fait donner des sûretés soit réelles comme un gage ou une hypothèque (Loi 53. Dig. *De contr. empt.* XVIII. 1) soit personnelles comme une caution ou un *expromissor*, c'est-à-dire qu'il a libéré l'acheteur en recevant à sa place un débiteur nouveau, plus généralement dans tous les cas d'*intercessio* où un tiers vient

garantir accessoirement l'obligation de l'acheteur (Institutes II. 1. 41).

Il faut adopter la même solution quand le vendeur se contente comme garantie du crédit de l'acheteur et on doit présumer cette intention toutes les fois qu'il y a au paiement un terme fixe ou indéterminé. Cependant, ici encore, le grand régulateur est la volonté du vendeur : il pourrait, même dans ce cas, conserver la propriété s'il en manifestait bien clairement l'intention. En pratique, cette intention s'exprime par un pacte adjoit à la vente ou à la tradition par lequel on stipule que l'acheteur détiendra la chose à titre de bail ou de précaire. Dans le cas de bail, l'acquéreur ne possède pas du tout : *quoniam non videtur traditus is cujus possessio per locationem retinetur*. Dans le cas de précaire, il possède à l'égard des tiers, mais non pas à l'égard du vendeur. En dehors de ces deux hypothèses, il acquiert toujours, à défaut de propriété, une véritable possession garantie par la voie des interdits. Dès lors, l'utilité d'une convention de bail ou de précaire est évidente : le vendeur, pour recouvrer sa chose n'aura pas besoin de revendiquer, c'est-à-dire d'établir son droit de propriété, il agira plus simplement par l'action *de locati* ou par l'interdit *de precario*.

Toutefois, le non-paiement ne produit qu'un effet suspensif et, si la revendication a eu lieu, elle n'a pas résolu la vente. Chaque partie conserve sa créance : l'acheteur peut exiger une nouvelle tradition en apportant le prix et le vendeur peut poursuivre le paiement en offrant de livrer la chose vendue.

Voici venu le moment de rappeler une institution juridique dont les avantages pour le vendeur étaient considérables. Nous voulons parler de la *lex commissoria*. Elle consistait en un pacte d'après lequel, à défaut par l'acheteur d'avoir payé son prix dans un délai donné, la vente était résolue. Il suffisait que l'acheteur eût laissé passer le délai sans payer, pour que la condition fût accomplie. La résolution avait donc lieu de plein droit sans qu'il fût nécessaire d'interpeller l'acheteur, mais le vendeur en faveur de qui était faite la *lex commissoria* n'était pas obligé de s'en prévaloir et il pouvait, s'il le préférait, poursuivre le paiement du prix (1).

(1) En droit français, la *lex commissoria*, c'est-à-dire la condition résolutoire en cas de non paiement du prix est toujours sous-entendue dans le contrat de vente comme dans tous les contrats synallagmatiques, articles 1184 et 1654 C. civ.

PARAGRAPHE IV

Etendue de l'obligation de livrer

Nous avons dit, quand nous avons étudié la nature de l'obligation de livrer, qu'elle avait un double objet : d'abord le transfert au profit de l'acheteur de tous les droits que le vendeur a sur la chose vendue, ensuite la remise matérielle de la chose.

Le transfert des droits est suffisamment déterminé quand on sait qu'il doit porter sur tous les droits que le vendeur a sur la chose vendue.

L'étendue de la remise matérielle ou livraison proprement dite exige plus de développements. A cet égard, on peut poser les règles suivantes :

1^o Le vendeur doit délivrer tout ce qu'il a vendu ni plus ni moins ;

2^o Avec la chose vendue doivent être délivrés tous ses accessoires (1) ;

(1) Code civil, art. 1615.

3^o Doivent être livrés tous les fruits et produits que la chose a donnés depuis le jour ou l'acheteur a pu exiger la tradition.

1^{re} règle : le vendeur doit délivrer tout ce qu'il a vendu ni plus ni moins. S'il livre moins, l'acheteur aura un recours contre lui pour le surplus. A cet effet, celui-ci usera de l'action *ex empto* qui lui permettra d'obtenir par la voie des tribunaux ce qui a été vendu, or, le surplus réclamé est compris dans la vente. Réciproquement, si par erreur le vendeur livre davantage, il peut se faire restituer l'excédent. Nous disons par erreur, car, en cas contraire, il aurait fait donation de l'excédent et il n'y aurait pas à revenir sur cet acte. Quelle action aura-t-il pour exercer sa demande en restitution ? Il ne pourra se servir de l'action *venditi*, car son droit ne tire pas son origine du contrat, il usera d'une *condictio sine causa* fondée sur un enrichissement sans cause. Cette *condictio* a pour base le principe d'équité que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui.

Ces deux hypothèses de livraison incomplète et de livraison excessive sont prévues par le même texte : 18. § 3. Dig. *De dolo malo* IV. 3. *Id quod amplius mercis datum est repeti condictione*

potest, si minora et reliqua merx detur, ex empto agi potest.

Ce texte rapporte aussi une hypothèse dans laquelle, exceptionnellement, le vendeur et même l'acheteur pourraient user de l'action *de dolo* pour exercer leurs réclamations, c'est celle où l'une des parties a fourni sciemment de faux poids pour le pesage de la marchandise dans le dessein de tromper : *De eo qui sciens commodasset pondera ut venditor emptori merces adponderet, Tribatius de dolo dabat emptionem*. Il semble bien qu'on doive généraliser cette décision et admettre que toutes les fois que la partie lésée aura à se plaindre du dol de l'autre partie, l'action *de dolo* lui sera accordée.

Examinons plus spécialement la vente d'immeubles avec indication de contenance. Elle présente un certain intérêt puisqu'elle est l'objet de plusieurs articles de notre Code civil, lequel n'a guère fait que reproduire la théorie romaine.

Supposons que, vendant un fonds déterminé, j'en déclare la contenance, mais que la contenance déclarée ne soit pas exactement la contenance réelle. Si la vente a été faite à raison de tant la mesure, comme les parties ont évidemment voulu que chaque mesure fût payée, le

prix total s'élève proportionnellement à la différence qu'il y a entre la contenance déclarée et la contenance réelle si celle-ci est plus forte que la première et il se diminue d'autant si c'est la contenance déclarée qui est la plus forte.

La première solution se tire de la loi 40. § 2. Dig. *De contrah. emt.* XVIII. I. Si le vendeur a déclaré, dit ce texte, que le terrain qu'il vendait était de dix-huit arpents et a stipulé un certain prix pour chaque arpent et qu'ensuite on trouve vingt arpents, le paiement devra se faire à raison de vingt arpents (1).

La deuxième solution s'inspire de la loi 3. § 3. Dig. *Si mentor falsum modum dixerit.* XI. 6. Cette loi refuse à l'acheteur un recours contre l'arpenteur quand c'est par le fait de celui-ci qu'il s'est trompé sur la contenance parce qu'il a déjà un recours contre le vendeur.

Si j'ai vendu en indiquant la contenance, mais pour un prix fixe et non à raison de tant la mesure, et que ma déclaration soit inexacte, cela ne fait pas que la tradition puisse être considérée comme contenant moins ou plus que la vente elle-même, car ce n'est pas tel nombre

(1) L'article 1618 du code civil adopte la même solution pour le cas où l'excédent n'atteint pas un vingtième. Quand l'excédent est d'au moins un vingtième, on laisse à l'acheteur le choix entre la résolution de la vente et le paiement de l'excédent.

d'arpents que j'ai vendu, c'est le fonds tel qu'il est. Toutefois, une telle inexactitude n'est pas sans conséquence. Ainsi si la contenance réelle est inférieure à la contenance déclarée, le prix doit dans tous les cas subir une réduction proportionnelle, cela résulte de l'engagement contenu dans ma déclaration (4. § 1 ; 6. pr. Dig. *De act. emt.* XIX. 1 ; 69. § 6. Dig. *De evictionibus et duplæ stipulationibus* XXI. 2). *In fundo vendito*, dit cette dernière loi, *cum modus pronunciatus deest, minuitur postea ex pretio, quod totum colligendum est ex omnibus iudicibus dictis*. Si, au contraire, c'est la contenance déclarée qui est inférieure à la contenance réelle, le prix reste tel qu'il a été fixé, car la contenance n'est censée déclarée qu'à titre de renseignement (1).

Mais il peut se faire que plusieurs fonds étant vendus ensemble, les uns contiennent plus et les autres moins qu'il a été déclaré. Faut-il déci-

(1) Ici encore le législateur du Code civil distingue suivant que l'excédent ou la moindre mesure atteint ou n'atteint pas un vingtième. S'il y a excédent d'au moins un vingtième, l'acquéreur a le choix ou de se désister du contrat ou de fournir le supplément du prix avec les intérêts s'il a gardé l'immeuble (article 1620). S'il y a moindre mesure d'au moins un vingtième, le prix est diminué d'autant. Si l'excédent ou la moindre mesure n'atteint pas un vingtième, les choses restent en état.

der que l'excédent des uns ne profitera pas au manque des autres ou bien, au contraire, qu'il y aura compensation ? La question était discutée entre les jurisconsultes ; la controverse en est rapportée par la loi 42. Dig. XIX. 1. Labéon optait pour la négative, car, disait-il, s'il se trouve une meilleure mesure que le vendeur n'a déclaré, ce n'est pas le vendeur, mais l'acheteur qui doit en profiter et le vendeur est toujours obligé lorsque la mesure qu'il a promise ne se trouve pas. Il est juste, en effet, que le vendeur devant connaître sa chose, toute erreur lui soit imputable. Après avoir en apparence adopté le système de Labéon, l'auteur du Digeste conclut cependant : Mais il est plus juste de décider en général que le gain doit se compenser avec la perte qu'on fait d'un autre côté. *Sed rectius est lucrum cum damno compensari.* (1).

Nous avons vu que si un cas fortuit ou de force majeure détruit en totalité la chose vendue, le vendeur n'est tenu à aucune livraison. Son obligation est éteinte. Il est évident que si des dégradations seulement sont survenues à la chose, le vendeur n'est tenu de fournir à l'acheteur que ce qui reste de la chose due et dans

(1) Le code civil, art. 1623, a adopté la solution de Justinien.

l'état où cette chose se trouve. (Loi 9. Code. *De pignor. act.*)

Il y a un autre cas où le vendeur n'est tenu à aucune livraison, c'est celui où une *emptio spei* ne produit aucun résultat : par exemple, j'achète le prochain coup de filet d'un pêcheur quelle qu'en soit l'issue. En ce cas l'obligation du vendeur se réduit à faire tout ce qu'il faut pour prendre du poisson et à livrer ce qu'il prendra. Mais retirât-il ses filets absolument vides, le prix lui serait néanmoins dû. L'objet de la vente consiste donc moins en une chose future qu'en une chance et, à dire vrai, la vente existe sans chose vendue (Loi 8 § 1. Dig. *De cont. empt.* Loi II. § 18 et loi 12. *De act. emp.* XIX. 1).

2^e règle : Avec la chose vendue doivent être délivrés tous ses accessoires, les accessoires doivent suivre la chose et par accessoires on entend les objets qui, quoique non exprimés dans le contrat, s'y trouvent tacitement compris d'après l'intention des parties ou, si cette intention n'apparaît pas, d'après les usages. Il faut suivre l'intention expresse ou présumée des parties, telle est la règle : *referre quid acti esset* (Loi 38 § 2. Dig. *De act. emp.* XIX. I. 11 et 17 § 17. Dig. *De act. empt.* XIX. 1) réglée à laquelle on se conforme même quand on se réfère à

l'usage, car on suppose que les contractants ont voulu adopter l'usage suivi. Il ne s'agit donc ici que d'une pure question de fait : une même hypothèse est susceptible de recevoir une solution différente suivant les cas.

Cependant, de la diffusion d'exemples que les loi 13 § 31. 14, 15, 16, 17, 18. Dig. *De actionibus empti et venditi* XIX. I. nous présentent, on peut tirer des idées qui paraissent être des principes en la matière :

1^o Lorsqu'une maison est vendue ou, plus généralement, lorsqu'un immeuble est vendu, il est censé composé de tout ce qui s'y trouve pour la commodité, par exemple, le couvercle d'un puits, les vases et les figures d'animaux qui forment les jets d'eau, les canaux, les tableaux qui sont scellés dans les murs, les marbres, les engrais. Cependant, au sujet de ces derniers, il importe de faire une distinction : ils sont dus à l'acheteur s'ils sont amassés pour fumer les terres aliénées, ils restent au vendeur s'ils sont amassés pour être vendus (Loi 17. § 2).

2^o Il n'y a que ce qui est cohérent au sol ou à l'édifice qui en fasse partie. Mais ce principe reçoit de nombreuses exceptions. Beaucoup de choses font partie d'un édifice sans y être fixées, par exemple les serrures, les clefs, les portes.

En sens inverse, il y a bien des choses fixées au sol qui ne font cependant pas partie du fonds, comme les cuves, les pressoirs (Loi 17. pr.)

3° Tout ce qui est placé sur ou dans un immeuble à perpétuelle demeure en fait partie ; ce qui ne l'est que pour un temps n'en fait pas partie, par exemple, des tuyaux, ils ne font partie du fonds que quand ils y sont placés pour toujours (Loi 17. § 7.)

4° Ce qui a été ôté d'un édifice ou d'un fonds pour y être remplacé ne cesse point d'en faire partie, mais ce qui est préparé pour être employé n'en fait point partie. Ainsi les échelas préparés pour la vigne ne font point partie de la terre avant d'être placés, mais ceux qui ont été retirés de la terre pour y être remplacés en sont encore un accessoire (Loi 17. § 10 et 11).

Le paragraphe 6 de la même loi prévoit le cas spécial où le vendeur d'un fonds réserve en contractant que les choses arrachées (*ruta*) et coupées (*cæsa*) ne sont pas comprises dans la vente.

Ce texte détermine d'abord, à l'aide d'exemples, ce qu'il faut entendre par *ruta* et *cæsa*. Le sable, la craie et autres choses semblables qui ont été extraites du sol sont des *ruta*. Les arbres coupés sont des *cæsa*. « *Si ruta et cæsa*

excipiantur in venditione, ea placuit esse ruta quæ eruta sunt ut arena, creta et similia : cæsa ea esse ut arbores cæsas et carbones et his similia. »

Puis il conteste l'utilité d'une telle réserve. C'est à tort, dit-il, qu'elle figure parmi les clauses du contrat ; si les *ruta* et les *cæsa* n'ont pas fait l'objet d'une vente spéciale, le vendeur peut toujours, en ce qui les concerne, exercer l'action *ad exhibendum* et il n'y a pas plus à s'occuper des choses coupées, des ciments et du sable que des autres choses mobilières plus précieuses : « *Gallus autem Aquilius, cujus Mela refert opinionem, recte ait, frustra in lege venditionis rutis et cæsis contineri quia si non specialiter venerunt ad exhibendum de his agi potest : neque enim magis de materia cæsa aut de cæmentis aut de arena cavendum est venditori quam de cæteris quæ sunt pretiosora. »*

Ainsi Ulpien, puisque notre texte est d'Ulpien, Gallus Aquilius et Mela s'accordent pour considérer les *ruta* et les *cæsa* comme des meubles qui ne peuvent, sauf stipulation contraire et spéciale, être compris dans la vente d'un immeuble. Et c'est avec raison. Une fois séparées du sol qui les renfermait, auquel elles étaient attachées, avec lequel elles faisaient corps, elles per-

dent leur nature immobilière, elles deviennent meubles. De quel droit l'acquéreur les conserverait-il ? Il a acheté un fonds et avec le fonds tout ce qui en fait directement ou indirectement partie, sa jouissance doit-être exactement mesurée sur celle du vendeur, or celui-ci n'a-t-il pas, en extrayant le sable, la craie, en coupant les arbres, en les séparant du sol, donné à ces matières une individualité propre et montré par là que la jouissance qu'il entendait exercer sur elles, devenait absolument indépendante de celle du sol ! ?

Mais évidemment, pour qu'il en soit ainsi, il faut que les travaux d'extraction et d'abattage aient été effectués avant la vente. L'époque de la conclusion du contrat fixe exactement la nature mobilière ou immobilière des choses vendues ; si, à cette époque, le rapport direct avec le sol des *ruta* et des *cæsa* n'avait pas cessé, en les enlevant le vendeur outrepasserait certainement ses droits et s'exposerait à un recours en revendication de la part de l'acheteur.

3^e règle : Parmi les fruits et les produits, ceux que la chose a donnés depuis le jour où l'acheteur a pu exiger la tradition doivent revenir à l'acheteur sauf, bien entendu, stipulation contraire.

Cela va de soi, car si la tradition avait été opérée le jour même ou elle aurait pu être exigée, l'acheteur aurait profité à partir de ce jour des fruits et produits.

Ce principe s'applique aux acquisitions que le vendeur a pu faire par l'intermédiaire de l'esclave vendu (Loi 13 § 18. Dig. *De act. empt.* XIX. 1).

Mais la difficulté est de déterminer l'époque à laquelle l'acheteur a pu exiger la tradition. Plus tard, nous nous occuperons de cette question d'une façon particulière, qu'il nous suffise de dire dès maintenant que l'acheteur a le droit de réclamer la tradition du jour où il s'offre à payer le prix (Paul: Sentences IV. 17-7) à moins toutefois qu'il ne jouisse du bénéfice du terme, auquel cas les fruits et produits sont pour lui du jour de la vente: *Fructus pendentes, etsi maturi fuerunt, si eos venditor post venditionem ante diem solvendi pretii, emptori restituendos esse convenit si nihil aliud inter contrahentes placuit.* (*Frag. Vatic.* § 15).

Les Romains considèrent en effet, le droit aux fruits et aux produits comme contenu dans le droit d'obtenir la *vacua possessio* (3 § 1. Dig. *De act. emp.* XIX. 1 et 4. pr. Dig. *De usuris et fructibus* XXII. 1). Parlant d'un enfant né d'une

esclave après l'aliénation de la mère, la vente étant faite par stipulation, ce dernier texte dit : *Sed tamen propter illa verba vacuumque possessionem tradi, potest dici partus quoque rationem committi incerti stipulatione.* Car si l'esclave eût été réellement livrée à l'acheteur, l'enfant né d'elle après la tradition, eût été acquis à l'acheteur et eût fait partie de son patrimoine. Nous venons de voir que le même principe s'applique aux acquisitions que le vendeur a pu faire par l'intermédiaire de l'esclave vendu.

PARAGRAPHE V

Epoque de la livraison



L'obligation de livrer naît au moment de la confection du contrat (1). Une seule exception est faite à ce principe, c'est dans le cas de vente sous condition suspensive où l'obligation de livrer, comme les autres obligations dérivant de la vente, ne prend naissance qu'au moment de la réalisation de la condition.

Mais quand doit avoir lieu la livraison effective ?

En cette matière, la liberté la plus large est laissée aux contractants. De même qu'ils peuvent fixer à leur gré l'époque du paiement du prix, de même ils ont un choix illimité pour la

(1) Il ne faut pas oublier, qu'à l'époque la plus récente, la vente était créatrice d'obligations et non translatrice de droits réels.

détermination du temps où on doit livrer. A l'aide de pactes adjoints à la vente, ils peuvent exprimer leur volonté à cet égard.

Ce principe n'a pas toujours été admis. Si l'on se reporte à la vente des premiers temps, à la vente-mancipation originaire, on constate qu'alors la livraison devait avoir lieu, de même que le paiement du prix, immédiatement. La solennité de *l'æs* et de la *libra* ne laissait, nous l'avons vu, aucune place soit à la vente à crédit soit à la vente à livrer. Mais la forme de la vente ne tarda pas à se modifier. Insensiblement les rigueurs du droit primitif se relachèrent, le versement immédiat des denrées et la remise actuelle de la chose vendue purent très bien n'être que simulés et, à l'aide de stipulations au début, de simples pactes plus tard, les parties eurent la faculté de remettre à une époque postérieure le paiement et la livraison. Liberté des contractants, telle fut la règle.

Mais qu'arrivait-il si les parties ne s'étaient pas expliquée à cet égard ?

En cas de vente pure et simple, le vendeur a le droit de retenir jusqu'au paiement du prix la chose par devers lui, *jus retentinum*. En revanche et par contrepied du droit de rétention qui lui est accordé, on doit admettre qu'une fois le

paiement effectué il est tenu de livrer, ou plutôt, la livraison et le paiement doivent être simultanés, car dans les contrats synallagmatiques l'exécution doit avoir lieu donnant donnant (1). Donc l'époque rigoureusement précise de la livraison est le moment du paiement : à l'instant même où l'acheteur se dessaisit des deniers, le vendeur est tenu de céder les droits qu'il a sur la chose vendue et de faire tradition (2).

Mais il est des cas où la livraison a lieu avant le paiement du prix. Ainsi quand le vendeur s'est fait donner une satisfaction, sûreté réelle ou personnelle, quand il a concédé à l'acheteur un terme fixe ou indéterminé, hypothèses dont nous avons déjà parlé quand nous avons examiné l'obligation de l'acheteur de payer le prix, la livraison doit être effectuée au moment de la vente, un instant de raison après la formation du contrat, bien que l'époque de paiement soit reculée.

Que décider si la vente a été faite sous condition soit suspensive soit résolutoire ? Supposons d'abord qu'on ait soumis l'existence de la vente

(1) Zug um Zug, comme disent les Allemands, (Salcilles : Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet du code civil allemand, 1890, p. 179).

(2) Le code civil, art. 1612, admet le même principe.

à la réalisation d'un évènement futur et incertain (condition suspensive) tel que l'agrément de l'acheteur dans un certain délai. Jusqu'à la réalisation de la condition la vente n'existe pas, il n'y a ni obligation du vendeur ni obligation de l'acheteur, au moins en ce qui concerne le paiement du prix et la livraison, l'acheteur n'a pas à payer le prix et le vendeur n'a pas à livrer la chose vendue. Tout est en suspens. Mais une fois la condition réalisée, la vente existe et chaque partie est tenue d'exécuter les obligations qui découlent du contrat (Institutes IV. 2. 23). On doit alors appliquer, quant à l'époque de la livraison, le principe de la vente pure et simple : l'obligation de livrer doit être exécutée au moment du paiement du prix.

Si la vente a eu lieu sous une condition résolutoire, c'est au contraire son anéantissement qui est soumis à l'arrivé d'un évènement futur et incertain (1). Elle existe immédiatement, dès la formation du contrat l'aliénateur et l'acquéreur

(1) A proprement parler, on ne doit pas regarder la vente sous condition résolutoire, de même d'ailleurs que tous les contrats soumis à une condition résolutoire, comme conditionnelle. La vente est pure et simple et sa résolution seule est subordonnée à une condition *obligatio pura quæ sub conditione resolvitur*. (2. Dig. *De in diem add. XVIII.* 2). De là résulte qu'en cas de défaillance de la condition, la vente reste ce qu'elle avait toujours été, *pura*, et qu'elle continue de produire ses effets. Voir May : *Eléments de droit romain* T 11. p. 367).

sont obligés et dès ce moment l'acquéreur peut exiger la livraison en offrant de payer le prix. Dans la vente avec pacte de réméré, par exemple, c'est-à-dire dans la vente accompagnée d'un pacte par lequel le vendeur s'est réservé la faculté de reprendre la chose vendue soit dans un certain délai, soit à tout moment, chaque partie doit, de son côté, exécuter immédiatement les obligations qui lui incombent. Si, plus tard, le vendeur exerce son droit au rachat, il devra restituer le prix et l'acheteur sera tenu de lui transférer les droits qu'il avait acquis sur la chose vendue. (Loi 2. Code, IV. 54). Il en est évidemment de même dans les cas *d'in diem addictio*, de *lex commissoria* et de *pactum ad probationem* ou *displicentiæ*.

Les règles de la condition suspensive et de la condition résolutoire s'appliquent également au terme suspensif et au terme résolutoire. En effet, le terme comme la condition met en suspens l'existence de la vente quand il est suspensif et son anéantissement quand il est résolutoire. Si sa nature diffère de celle de la condition, ses effets, quant à la vente, sont les mêmes que ceux de la condition.

On pourrait s'imaginer qu'en cas de vente à livrer, c'est-à-dire quand la vente porte sur une

marchandise qu'on n'a pas présente, le paiement doit cependant être effectué immédiatement, bien que la livraison soit reculée à une époque, d'ailleurs déterminée par les parties et postérieure à la vente ; la livraison serait alors postérieure au paiement. Ce serait là une grave erreur. Sur ce point, la vente à livrer est soumise aux mêmes règles que la vente pure et simple : le paiement ne doit avoir lieu qu'au moment de la livraison. Cette solution se justifie facilement : de même qu'on donnait au vendeur une garantie en l'autorisant à ne se dessaisir de la chose vendue qu'au moment du paiement, il fallait, sous peine de donner à l'acheteur une situation inférieure à celle de son cocontractant, l'autoriser de ne verser les deniers que quand le vendeur lui remettrait la chose. La solution contraire l'exposerait à une perte dans le cas où la chose vendue périrait par la faute ou le dol du vendeur, celui-ci étant insolvable, tandis que son insolvabilité personnelle ne pourrait nuire au vendeur que quand celui-ci le voudrait bien.

Mais qu'arrivera-t-il si le vendeur n'effectue pas la livraison au temps fixé, c'est-à-dire au moment du paiement dans la vente au comptant et au moment de la formation du contrat dans la vente à crédit, en d'autres termes s'il est en

retard pour la livraison ? Le retard, *mora*, sera-t-il une cause de recours de l'acquéreur contre le vendeur ?

L'affirmation n'est pas douteuse, car le retard peut causer un préjudice à l'acheteur et le vendeur doit évidemment réparer ce préjudice dont il est l'auteur ; c'est d'ailleurs la règle générale applicable à tous les contrats quand l'une des parties n'exécute pas en temps convenable l'obligation à laquelle elle s'est engagée.

Toutefois le vendeur n'est responsable que si, au fait purement matériel du retard, vient se joindre une faute de sa part, *mora inculcata* (9. § 1. Dig. *De usuris et fructibus*. XXII. I.)

Quel effet la *mora* aura-t-elle sur la vente ?

Les textes ne nous disent pas si, en droit romain comme en droit français, l'acheteur avait le choix de réclamer la délivrance ou de demander la résolution de la vente. Il semble donc que ce choix lui ait été refusé. En tout cas, il pouvait certainement, comme en droit français, réclamer des dommages-intérêts (1).

Quoi qu'il en soit, la *mora* a pour effet de déplacer les risques, le vendeur est responsable de tous les cas fortuits qui peuvent détériorer ou détruire la chose vendue (82. § 1. Dig. *De*

(1) Articles 1610 et 1611. C. civ.

verborum obligationibus XL V. 1). *Si post moram promissoris homo decesserit nihilominus proinde ac si viverit.* Cette règle s'explique par ceci que la chose, si elle eût été livrée au créancier (l'acheteur), n'aurait pas péri chez lui ou qu'il aurait pu éviter la perte (argument à contrario de la loi 14 § 1. Dig. *Depositi vel contra*. XVI, 3 et 47. § 6. *De legatis et fideicommissis* XXX. 1). Si cette raison est juste, il faut décider que le vendeur doit échapper aux risques dans tous les cas où il établit qu'en fait la chose n'aurait pas été revendue par l'acheteur et que le cas fortuit l'aurait également atteinte entre les mains de celui-ci. Aucun interprète ne conteste cette solution, car elle est l'expression des effets du retard dans les contrats de bonne foi et on sait que la vente est le contrat de bonne foi par excellence.

Toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il ne suffit pas qu'en fait le retard existe, il faut qu'il y ait eu interpellation de la part du créancier et résistance injuste à cette interpellation de la part du débiteur. Ainsi le vendeur ne sera légalement considéré comme étant en retard que quand l'acheteur lui aura manifesté son intention d'obtenir la livraison et de telle façon qu'il ait pu donner immédiatement satisfaction à la réclamation à lui adressée.

PARAGRAPHE VI

Lieu de la livraison

Il est certain que les parties sont libres de désigner le lieu où la livraison doit se faire. Aucun texte ne limite leur liberté à cet égard et, dans tous les contrats, ce qui n'est pas défendu est permis.

Mais que décider si les parties n'ont pas déterminé d'avance le lieu de la livraison ? Evidemment on doit rechercher quelle a été leur intention et, en cas de doute, présumer cette intention.

Quand elles sont entrées en pourparlers pour la vente, elles ont dû mettre en ligne de compte pour déterminer le prix, d'abord évidemment la valeur intrinsèque de la chose objet de la vente, ensuite le plus ou moins de difficultés et de

frais qu'entraînera l'entrée en jouissance de l'acheteur. Si la chose était dans un lieu éloigné, le prix en a dû être diminué, car autant que possible on donne aux contrats un effet immédiat et on considère les choses qui en sont l'objet dans l'état et les circonstances de lieu où elles sont au moment de leur conclusion. Il est dès lors probable que les parties ont voulu que la livraison se fasse au lieu où était la chose au temps de la vente (1).

La livraison doit donc se faire soit au lieu expressément déterminé par les parties, soit, en cas de silence de leur part, au lieu où était la chose au temps de la vente. C'est là que le vendeur devra exécuter l'obligation, c'est là également que l'acheteur pourra en exiger l'exécution.

Faite ailleurs la livraison pourra être refusée ; demandée ailleurs elle exposera l'acheteur à une déchéance grave. En réclamant la livraison dans un lieu autre que celui où elle doit s'effectuer, il peut se faire que l'acheteur rende plus onéreuse l'obligation du vendeur, il commet ainsi une *plus petitio* appelée *plus petitio loco*

(1) Même solution en droit français, art. 1609. On exprime plus simplement cette idée en disant que la chose vendue est quérable et non portable.

dont les effets ont une considérable importance (Gaius IV. 53. a).

Une fois déduit en justice, son droit est épuisé et ne peut plus faire l'objet d'une action : *actam rem agis, quod periit periit* (Plaute : *Cistell.* IV. 2. 36). Il devient non recevable à renouveler sa demande, il lui est désormais impossible de se faire rendre justice.

Toutefois, en insérant dans la formule que l'acheteur est prêt à tenir compte au vendeur de l'intérêt qu'a celui-ci de livrer au lieu convenu, l'acheteur évite les conséquences de la *plus petitio loco*. S'il a omis cette précaution et s'aperçoit *in judicio* de son erreur, il doit s'adresser au magistrat et lui demander par la voie de la *restitutio in integrum* une rectification qu'il n'obtiendra que lorsqu'il est mineur de 25 ans ou, lorsque majeur, il a commis une erreur qu'il ne lui a pas été possible d'éviter (Gaius IV. 57).

PARAGRAPHE VII

Frais de la livraison

La livraison incombe au vendeur, il doit, par conséquent, supporter les frais qu'elle entraîne et qui sont nécessaires pour son exécution. « C'est pourquoi, dit Pothier, si la chose vendue se trouvait engagée à quelque créancier du vendeur qui l'eût en sa possession, le vendeur serait obligé de la dégager à ses frais pour la livrer. C'est ainsi que doit s'entendre la loi 5 au Code *De evict* : *Ex his prædiis, quæ mercata est, si aliqua a venditore obligata, meorum tibi tradita sunt, ex empto actione consequeris ut ea a venditore liberentur.* » (1) De même aussi quand la chose vendue est dans un lieu autre que celui où doit avoir lieu la livraison, le vendeur est tenu d'en effectuer le transport jusqu'à ce dernier à ses frais.

(1) Pothier : traité du contrat de vente.

Ce principe a été adopté par notre Code civil, c'était inévitable puisqu'il admettait comme le droit romain que le vendeur est tenu de délivrer la chose vendue à l'acheteur, aussi lisons-nous dans l'article 1608 : « Les frais de la délivrance sont à la charge du vendeur s'il n'y a eu stipulation contraire ».

Mais aussi, en droit romain comme en droit français « les frais de l'enlèvement sont à la charge de l'acheteur. » A partir du moment où le vendeur s'est dessaisi de la chose vendue en la mettant à la disposition de l'acheteur, il est déchargé de toute obligation matérielle, il n'a plus qu'à continuer les droits qu'il a transmis. C'est à l'acheteur à donner à la chose les soins qu'elle exige.

Il est bien entendu d'ailleurs qu'en cette matière, la liberté des conventions est réservée : les parties peuvent décider que les frais de la délivrance seront à la charge de l'acheteur. Pourquoi, en effet, dans une convention où l'ordre public n'est pas directement intéressé, le législateur aurait-il gêné la volonté des contractants ?

PARAGRAPHE VIII

Manière de livrer

On sait que la livraison implique une double obligation : obligation de transférer les droits que moi, vendeur, j'ai sur la chose vendue et obligation de mettre réellement cette chose à la disposition de mon acheteur.

La transmission des droits se fait, avons-nous dit, par l'un des modes d'acquisition de la propriété admis par la loi romaine : par la mancipation quand il s'agit d'une *res Mancipi*, on suit alors les formalités de l'*œs* et de la *libra* ; par l'*in jure cessio* pour les *res Mancipi et nec Mancipi* avec la procédure d'une contestation simulée ; par la tradition avec ses éléments de *corpus* et de *justa causa* dans le cas de vente d'une *res nec Mancipi*.

Il n'est pas douteux que le vendeur propriétaire quiritaire d'une *res Mancipi* soit tenu, en vertu même de l'obligation de livrer, d'employer la mancipation pour transmettre son droit à l'acheteur. L'acheteur, nous l'avons vu, ne pourrait être contraint de se contenter soit de *l'in jure cessio* soit de la tradition.

Supposons que le vendeur se soit borné à faire tradition. Quel est l'effet d'un tel acte ?

Le droit qu'acquiert l'acheteur est d'une imperfection flagrante, imperfection qui se traduit de plusieurs manières. Ainsi, s'il veut aliéner la chose vendue, non seulement il ne transfère qu'un droit incomplet, mais encore il ne peut pas pour cela employer un mode du droit civil, il doit user de la tradition. Si le vendeur agit contre lui en revendication, il ne peut pas répondre directement à cette attaque par un moyen tiré du fond, il faut qu'il ait recours à un moyen prétorien, à l'exception *rei venditæ et traditæ* qu'il est nécessaire d'insérer dans la formule et qui d'ailleurs ne peut jamais lui être refusée. Dans le cas où il a été dépouillé, au lieu d'intenter la *rei vindicatio*, il doit recourir à l'action publicienne qui, en fait, produit le même résultat que la *rei vindicatio* et lui permet de triompher même contre le propriétaire quiritaire. De plus,

s'il veut léguer la chose vendue, il ne peut employer la formule du legs *per vindicationem* (Gaius. II. § 196). Enfin quand la chose qui a été l'objet de la tradition, est un esclave, il ne peut l'affranchir sans le secours du *nudus dominus*, autrement l'esclave ne deviendra que Latin et si l'affranchi est impubère, il n'en aura point la tutelle légitime.

Toutefois il ne faudrait pas exagérer l'infériorité du droit de l'acquéreur par tradition.

La tradition opérée par le propriétaire fait bien entrer la chose vendue dans le patrimoine de l'acheteur (Gaius II. § 41. Ulpien I. 16), celui-ci l'a *in bonis*, c'est-à-dire qu'il peut en user, jouir et disposer. Si, par exemple, la chose aliénée est un esclave, à lui seul appartient la puissance dominicale, le droit d'acquérir par l'intermédiaire de l'esclave, le droit de l'affranchir, le droit de recueillir sa succession (Gaius I. §§ 54 et 157 ; II. § 88 ; III. § 166). En outre, dès le moment de la tradition, il commence une usucapion qui, une fois terminée, lui donne la propriété complète et parfaite, le *dominium ex jure Quiritium*. En définitive, c'est lui qui retire tous les avantages sérieux de la propriété, aussi est-ce avec raison qu'on a donné au vendeur le nom de *nudus dominus*. A

celui-ci il ne reste qu'un droit illusoire qui l'expose encore à des charges telles que la tutelle légitime dans le cas d'affranchissement d'un impubère par le propriétaire bonitaire.

Quant à la tradition dans le cas de vente d'une *res nec Mancipi*, il faut, pour qu'elle puisse avoir lieu et emporte translation de propriété, que la chose vendue soit corporelle, la tradition ne peut avoir pour objet qu'un *corpus*.

La vente d'un droit de créance se fait à l'aide de procédés particuliers. Dans une telle vente, le vendeur s'engage à céder à l'acheteur son droit d'exiger d'un tiers une certaine somme d'argent. Comment mettra-t-il son droit à la disposition de l'acheteur ? Par l'emploi des formes de la cession de créance.

Si, à l'origine, les obligations dont le caractère de relation absolument personnelle empêche la transmission, ne font pas partie de nos biens, du moins à une certaine époque qui est celle des *legis actiones*, elles ont une valeur d'échange aussi bien que les droits de propriété, on imagine alors de faire donner mandat par le vendeur à celui à qui il veut céder la créance d'en poursuivre le recouvrement, le cessionnaire est dispensé de rendre compte, il est *procurator in*

rem. Le rôle du vendeur (cédant) consiste précisément pour livrer la créance, à donner ce mandat. Quand il l'a fait, l'obligation de livrer qui lui incombe est exécutée.

Plus tard, dans le droit de la dernière époque, le cessionnaire n'agit plus en qualité de mandataire, mais en vertu d'un droit qui lui est propre (constitution de Gordien 3. Code. VIII. 42). La session est en quelque sorte directe, toutefois la forme du mandat est toujours employée et elle est nécessaire pour qu'il y ait transmission, livraison du droit de créances.

Quant à la remise matérielle qui consiste à mettre la chose vendue à la disposition de l'acheteur, on conçoit qu'elle puisse se faire de maintes façons. C'est bien plus une question de fait qu'une question de droit : là réside probablement la raison du laconisme des textes sur la manière dont on doit livrer. Ils se contentent de disposer que le vendeur doit faire tradition : *et in primis ipsam rem præstare venditorem oportet, id est tradere*, et faire tradition c'est non seulement en remettre la possession civile, la possession à titre de propriétaire, mais encore la possession physique.

Prise à la lettre, la remise matérielle semble exiger un contact physique entre la chose et

l'acheteur. Pour prendre livraison d'un meuble celui-ci doit le manier et le toucher, d'un immeuble il doit le parcourir en tout ou en partie (1).

Il n'est pas douteux qu'à l'origine un tel formalisme ait été de rigueur (I § 21 et 3, Dig. *De acq. vel amitt. poss.* XXI. 2.), mais de très bonne heure on se relacha de ses exigences.

On admit d'abord la *traditio longa manu*, c'est-à-dire celle où les yeux font l'office de la main, atteignent seuls la chose et pour ainsi dire la touchent de loin (79 Dig. *De solut.* XLVI. 3).

A l'époque classique, tout est simplifié ; la remise matérielle, la remise du *corpus* consiste seulement dans la faculté physique d'user et disposer de la chose dès qu'on le voudra. Si par exemple, les clefs d'un grenier où sont déposées les marchandises vendues m'ont été remises et que le grenier soit proche : *clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur si claves apud horrea*

(1) Il importe de rappeler ici qu'il fut un temps où la vente d'un immeuble et par conséquent sa livraison à un acheteur, n'étaient pas possibles, bien que la vente et la livraison d'un objet mobilier se fissent très bien, c'est celui où la propriété immobilière n'existait pas. Selon toute vraisemblance, les Romains ont traversé, comme les autres peuples de l'antiquité, les deux phases de la communauté agraire et de la propriété familiale. La propriété individuelle du sol ne s'est dégagée que lentement des restrictions introduites par l'usage dans l'intérêt de la famille.

traditoe sint (74. Dig. *De contrahenda emptione* XVIII. 1).

Y a-t-il là une tradition symbolique ? Nous ne le croyons pas. Si telle avait été l'idée romaine, la remise des clefs loin du grenier aurait, elle aussi, opéré tradition, or notre texte exige formellement que la remise ait lieu *apud horrea*. De cette façon l'acheteur a bien en réalité les choses vendues à sa disposition.

De même aussi si des marchandises que j'ai achetées ont été portées dans ma maison : *Si venditorem quod emerim deponere in mea domo jusserim, possidere me certum est quanquam id nemo attigerit*. (18. § 2. Dig. *De novationibus et de legationibus* XLVI. 2). L'élément physique de la possession m'est acquis parce que, en fait, rien ne m'empêche de disposer des marchandises.

Même principe pour les immeubles : il suffit que celui qui me vend un fonds voisin me le montre d'une tour : *si vicinus mihi fundum venditor in mea turre demonstrat* (18 § 2. Dig. *De novat. et deleg.* XLVI. 2).

Quant aux choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent, aux choses *quæ pondere, numero mensurave constant*, et qui ne sont pas vendues en bloc, *confuse et acervatim*, il faut décider que

le vendeur, pour en opérer livraison devra les compter, peser ou mesurer ou faire faire ce travail par un tiers. Il est tenu en effet, de faire avoir la chose à l'acheteur, de la mettre à la disposition de celui-ci ; il est bien évident que pour mettre une chose à la disposition de quelqu'un, il faut avant tout déterminer cette chose et l'on n'arrive à cette détermination qu'en pesant, comptant ou mesurant (1).

Il est d'ailleurs des cas où la remise corporelle ne réclame pas le fait du vendeur et n'a pas besoin d'être effectuée parce qu'elle existait déjà avant la vente, par exemple quand l'acheteur détenait déjà la chose à titre de dépositaire ou de locataire. Mais évidemment, la tradition ne sera pas réputée faite si la chose que je veux livrer est détenue à un titre quelconque par un tiers qui refuse d'en laisser prendre possession. (12 et 18 pr. Dig. *De vi et de vi armata* XLIII. 16)

(1) Deux articles du code civil, articles 1585 et 1586, sont consacrés aux choses « qui ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure. » Notre législateur ne s'occupe pas de la livraison mais de l'époque à laquelle la vente est parfaite : « la vente n'est point parfaite, dit l'article 1586, en ce sens que les choses vendues sont au risque du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées. »

« Si, au contraire, les marchandises ont été vendues en bloc, la vente est parfaite quoique les marchandises n'aient pas encore été pesées, comptées ou mesurées. » (Article 1586).

Comment s'opérera la tradition réelle des créances et autres droits incorporels. Deux moyens seulement sont possibles ; d'abord la remise du titre, ensuite l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur.

D'une façon générale, on peut dire en outre que le vendeur doit s'abstenir de tout acte qui pourrait gêner la prise de possession de l'acheteur, ainsi pour une maison, il devra cesser de l'habiter : s'agit-il d'un fonds ? il devra cesser de le cultiver ; s'agit-il d'une créance ? il devra s'abstenir d'en poursuivre le recouvrement ; la rente porte-t-elle sur un aléa, par exemple, le part qui doit naître, la récolte qui va venir, le produit de la pêche ou de la chasse, *captum piscium vel avium* (I et 8 § 1. Dig. *De contrahenda emptione* XVIII. 1), *jactum retis a piscatore æt invaginum plagis positus a venatore* ? Le vendeur ne doit pas par ses manœuvres empêcher la chose d'exister, rendre la pêche ou la chasse improductive (1).

(1) Le Code civil a reproduit les principes romains sur la manière dont on doit livrer. Voir les articles 1605 1606 et 1607.

PARAGRAPHE IX

Etat de la chose vendue au moment de la livraison.

« La chose doit être livrée en l'état où elle se trouve au moment de la vente ». Ainsi est formulé l'article 1614 du Code civil.

Ce principe est aussi celui du droit romain, et il se justifie facilement : N'est-ce pas en effet, au moment de la vente que les parties ont apprécié la chose, l'ont nettement envisagée et ont posé les espérances et les risques pour déterminer le prix ?

Mais le vendeur a-t-il entièrement satisfait à l'obligation de livrer quand il a mis la chose vendue à la disposition de l'acheteur dans l'état où elle se trouvait au moment de la vente ?

Rigoureusement oui. Et il en était certainement ainsi aux débuts de droit. Cependant il faudrait se garder d'être à ce point de vue trop absolu. Si d'une part, il est vrai qu'à l'époque

du contrat l'acheteur a considéré les avantages qu'il pouvait retirer de celui-ci de même que les inconvénients qu'il pouvait y rencontrer, il n'en est pas moins vrai que la façon superficielle dont se concluent ordinairement les ventes est une cause d'infériorité pour lui par rapport au vendeur. Celui-ci, en effet, dissimule peut-être des vices dont sa chose est atteinte, vices qu'il dissimule pour cela même qu'ils en diminuent la valeur.

Dans ces conditions il serait injuste de ne pas donner à l'acheteur un recours contre le vendeur de façon à établir l'équilibre dans les obligations réciproques des parties.

Cette considération n'a pas échappé au législateur. Elle est la base de la théorie des vices cachés. Le droit civil et le droit honoraire ont uni leurs efforts pour permettre à l'acheteur d'exiger du vendeur la garantie des vices cachés. Le droit civil lui donna l'action *ex stipulatu* et l'action *empti* : l'édile, dans son Edit, lui accorda l'action *redhibitoria* et l'action *quantum minoris* (1).

(1) Les édiles curules étaient avant tout des officiers de police. Leurs grandes fonctions étaient avec l'organisation des jeux, la police de la voie publique et celle des halles et marchés. Il importe de remarquer qu'en voulant faire de la police, ils se sont trouvés avoir fait du droit, mais c'est de la police et non du droit qu'ils ont voulu faire.

Bien que l'obligation de garantie des vices cachés puisse à la rigueur être considérée comme une dépendance et un complément de l'obligation de livrer, nous n'osons nous y arrêter davantage, car elle se rattache bien mieux à la fameuse obligation de la garantie contre l'éviction, laquelle est en dehors de notre programme.

PARAGRAPHE X

Sanction de l'obligation de livrer

Il est bien entendu que pour s'acquitter entièrement de l'obligation de livrer qui lui incombe le vendeur doit mettre la chose vendue à la disposition de l'acheteur et abdiquer au profit de ce dernier tous les droits qu'il a sur elle.

La plupart du temps le vendeur exécutera cette double obligation de son propre mouvement sans attendre les réclamations de l'acheteur , mais il arrivera aussi parfois ou qu'il ne remettra pas la possession réelle de la chose ou qu'il refusera de se dessaisir de ses droits au profit de l'acheteur.

Comment celui-ci pourra-t-il contraindre à l'exécution son vendeur récalcitrant ou, si la livraison est devenue impossible par la faute, le

dol ou un cas fortuit mis à la charge de ce dernier, comment obtiendra-t-il un dédommagement ?

La loi, dont le rôle est d'assurer l'exécution des obligations, lui donne certainement au moins une action, car il est de principe que l'action est la sanction du droit et qu'à chaque droit correspond une action.

Il importe de remarquer que le problème ne peut se poser au début du droit, à l'époque de la vente mancipation : à ce moment l'obligation de livrer n'existe pas. Comme nous l'avons déjà dit, l'obligation de livrer meurt en naissant, vente et livraison ont lieu simultanément et se confondent.

Il n'en est plus de même du jour où on sépare la livraison de l'obligation qui en est la cause, du jour où la mancipation n'est plus qu'une *imaginaria venditio* et dans la suite, quand la vente se fait par stipulation et devient un contrat purement consensuel.

Sans aucun doute, si une stipulation est intervenue entre les parties qui règle la situation, si les contractants ont spécialement et formellement prévu la non-exécution de notre obligation, si, par exemple, le vendeur s'est engagé expressément et par le rituel de la stipulation, à donner à l'acheteur en cas d'inexécution le double ou le

triple du prix, on devra respecter cette stipulation et permettre à l'acheteur d'agir par l'action qui en découle, par l'action *ex stipulatu* (1).

Mais il est possible que les parties aient gardé un silence absolu. Quel moyen de recours aura l'acheteur ?

Si l'on se place au point de vue particulier de l'obligation de garantie, on voit que pour sanctionner cette obligation imposée au vendeur au même titre que l'obligation de livrer, la loi accorde à l'acheteur plusieurs actions l'action *auctoritatis*, l'action *ex stipulatu* proprement dite et l'action *empti* ou *ex empto*. Les mêmes actions seront-elles à la disposition de l'acheteur pour l'obligation de livrer ? L'examen de ces diverses actions nous le fera savoir.

L'*auctoritas* est l'assistance judiciaire que le vendeur donne à l'acheteur dans un procès en revendication dont l'objet est la chose vendue.

Le rôle unique de l'action *auctoritatis* est de secourir l'acquéreur quand il a été dépouillé, elle intervient comme action de garantie, elle suppose un fait accompli, une mancipation

(1) Il ne faut pas confondre cette action *ex stipulatu* avec l'action *ex stipulatu* proprement dite qui, à un moment donné, fit corps avec la vente et accorda à l'acheteur un recours en cas d'éviction. L'action *ex stipulatu* proprement dite sera étudiée plus loin.

exécutée, la délivrance opérée. Pour qu'elle soit admissible, il faut que le paiement du prix, d'une part, (Paul II-17 § 1) et la tradition de la chose vendue, d'autre part, aient été effectuées (Paul II-17 § 3) *Res emptā*, dit ce dernier texte, *mancipatione et traditione perfecta, si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur*. Il ne peut donc en être question pour obtenir ou sanctionner l'obligation de livrer.

L'action *ex stipulatu* proprement dite est la sanction de trois promesses différentes dont le caractère commun est de tendre à protéger l'acquéreur contre les dangers de l'éviction, ce sont : la promesse *secundum Mancipium*, la stipulation *rem habere licere* et la stipulation *duplæ*.

L'objet certain de ces trois variétés de stipulations est la garantie d'éviction. Jamais on n'en a douté ; jamais non plus on n'a prétendu que la promesse *secundum Mancipium* et la stipulation *duplæ* aient servi de sanction à l'obligation de livrer.

Quant à la stipulation *rem habere licere*, elle soulève quelques difficultés. Sa formule, *prisca formula*, rapportée par Varron (*De re rustica* II. 2. §§ 5 et 6) pour certaines ventes d'animaux domestiques, renferme en réalité deux clauses, l'une relative à la conclusion du contrat, l'autre

ayant pour objet les vices cachés et l'éviction. On en a conclu que non seulement elle fixerait la responsabilité du vendeur en ce qui concerne la garantie, mais encore qu'elle déterminerait son obligation quant à la délivrance. D'après ce système, elle créerait un double lien, elle obligerait le vendeur à la fois à la délivrance et à la garantie, ce serait là les deux faces d'une seule et même obligation. La stipulation *rem habere licere* apporterait donc une sanction à l'obligation de livrer.

Il est difficile d'admettre une telle opinion. D'abord il ne peut en être question que pour une époque antérieure à l'introduction de la vente consensuelle. Ensuite, « si la stipulation *rem habere licere* avait jamais pu obliger à la fois à délivrer et à garantir, si, à une époque quelconque on n'avait vu là que les deux aspects d'une seule et même obligation, comment serait-on arrivé par la suite à admettre que le contrat consensuel produirait l'une des conséquences et pas l'autre, à sous-entendre la promesse unique quant à la délivrance et à ne pas la sous-entendre quant à la garantie ? » (1).

Les actions édilitiennes, l'action *redhibitoria*

(1) Girard (Les stipulations de garantie. Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1883 p. 559).

et l'action *quantī minoris* ne peuvent nous rendre plus de services que les précédentes. Ces deux actions ont un but spécial, déterminé : elles permettent, à l'acheteur, la première, de demander la résolution de la vente quand la chose vendue est atteinte d'un vice grave, la seconde, de réclamer au vendeur une indemnité pour la dépréciation de la chose vendue qu'entraîne un vice caché. Il n'est pas permis de détourner ces deux actions de leur but et d'ailleurs, comme les actions que nous venons d'étudier, elles supposent la vente accomplie, la livraison exécutée.

En somme jusqu'à présent l'examen des différentes actions que la loi romaine mettait à la disposition de l'acheteur contre le vendeur a donné un résultat négatif. Il faut cependant que notre obligation ait une sanction.

Elle en a une, en effet, qui est incontestée et incontestable, c'est l'action *empti* ou *ex empto*. La loi 13. § 3. Dig. *De jurejurando* XII. 2 nous apprend que l'acheteur pourra, dans le cas d'une vente établie par serment, *ex empto agere ut ei. cetera præstentur : id est, tradatur et de evictione caveatur*. Un double rôle est ainsi assigné à l'action *ex empto* : elle assure à l'acheteur

la tradition et elle lui donne un recours en cas d'éviction.

En quoi consiste donc cette tradition que l'action *empti* permet d'exiger ? C'est la tradition au sens large ; la transmission des droits et la remise matérielle. L'expression *rem præstare* dont nous avons déjà donné la signification en étudiant l'étendue de l'obligation de livrer, comprend non seulement la délivrance réelle, mais encore l'accomplissement des formalités juridiques (mancipation, *in jure cessio*, tradition proprement dite) qui confèrent à l'acheteur tous les droits que le vendeur a sur la chose objet de la vente. (1)

Bien plus, l'action *empti* a une portée générale : action propre au contrat de vente, elle sert de sanction à toutes les obligations qui naissent de la vente (Institutes I I I. 23. § 1.)

On pourrait croire que si l'action *empti* permet à l'acheteur d'exiger la mancipation, ce n'est pas dans le but de lui faire acquérir le *dominium*, mais de lui conserver le bénéfice de l'action *auctoritatis* en cas d'éviction. Il n'en est rien, car tout en assurant à l'acheteur la conservation du droit

(1) Voir en ce sens Accarias (Précis de droit romain T II, p. 436). Girard (La garantie d'éviction dans la vente consensuelle. Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1884 p. 438).

de propriété quiritaire, il fallait logiquement songer à lui permettre de poursuivre judiciairement l'obtention de ce droit.

Il n'est pas sans intérêt de rechercher à quel moment est née l'action *empti* en délivrance.

Déterminer exactement l'époque de sa première apparition est impossible. Les uns prétendent que l'action *empti* en délivrance et l'action *empti* en garantie sont contemporaines ; les autres soutiennent que l'action *empti* en délivrance est plus ancienne que l'action *empti* en garantie.

Nous ne nous arrêterons pas à cette discussion qui ne donnerait pas la réponse à notre question. Peu nous importe, en effet, que l'action *empti* en garantie ait devancé ou suivi l'action *empti* en délivrance, mais ce à quoi nous tenons, c'est de savoir à quelle époque l'action *empti* en délivrance a fait sa première apparition.

Ici encore les romanistes ne sont pas d'accord.

Il faut vraiment attendre les écrits de Varron et de Cicéron pour rencontrer des traces claires et incontestables de l'action *empti* (1). Depuis combien de temps était-elle déjà entrée dans la

(1) Il y a aussi des textes de Paul, Ulpien et Neratius.

vie juridique ? C'est ce qu'il faut renoncer à savoir avec certitude.

Toutefois, si l'on admet que l'action *empti* et la vente consensuelle sont nées en même temps, on peut sinon arriver à déterminer d'une façon rigoureusement précise cette époque, du moins la fixer approximativement.

La question est la même que celle de l'origine des contrats consensuels. Remarquons que le caractère relativement récent de ces contrats est de plus en plus admis. On se conforme ainsi aux lois d'évolution juridique.

Que si l'on veut préciser davantage, on tombe dans le domaine des hypothèses : trois systèmes sont ici en présence dont chacun produit des arguments de valeur en sa faveur. Les uns soutiennent que les contrats consensuels et en particulier la vente auraient existé dès l'époque des actions de la loi et auraient eu pour procédure la *judicis postulatio* ; les autres qu'ils ont pu avoir une certaine existence dans le premier système de procédure, mais seulement depuis l'introduction de la *legis actio per conditionem* ; d'autres enfin affirment que l'action *empti* a pu exister très peu de temps après les XII Tables et s'exercer dans la forme du *sacramentum*.

Quoi qu'il en soit, il ne semble pas que l'on

puisse indiquer de date plus vraisemblable que la période assez longue qui va du commencement du VI^e siècle aux premières années du VII^e siècle de Rome.

Enfin, il est probable qu'à un moment donné, aux débuts de la vente par stipulation, on devait faire une promesse spéciale quant à la délivrance, laquelle promesse, revêtue des formes mêmes de la stipulation, pouvait donner naissance à une action *ex stipulatu*. Si les parties omettaient cette formalité, l'acheteur qui n'avait pas payé n'avait aucun recours et celui qui avait versé son prix devait seulement avoir une *condictio* pour le répéter. Cette hypothèse nous paraît plus vraisemblable qu'aucune autre, surtout que celle d'après laquelle l'action *de dolo* aurait immédiatement précédé l'action *empti* en délivrance. L'action *de dolo* suppose un contrat de bonne foi et l'action *empti* existait avant que la vente devint un contrat de cette espèce. L'action *de dolo* n'apparut que longtemps après quand le vente était déjà pourvue de son autonomie, de son caractère propre et de ses actions (1).

(1) C'est seulement au temps de Cicéron, sous la prêture d'Acquilius Gallus que fut introduite l'action de dolo: Cicéron (*de officiis* III. 14) *nondum enim Aquilius et familiaris meus protulerat de dolo malo formulas*.

D'ailleurs, comme nous l'avons déjà dit, à l'origine l'usage des honnêtes gens, l'intérêt social de la sécurité des marchés que tout le monde était à même de comprendre, suffisaient sans doute à rendre peu fréquentes les querelles et les contestations.

Nous avons supposé jusque maintenant que, la livraison étant encore possible, l'acheteur en poursuivait judiciairement l'exécution. Mais il arrivera parfois que la chose aura péri ou par un cas fortuit mis à la charge du vendeur ou par sa faute ou par son dol et que la livraison sera devenue irréalisable faute d'objet.

Dans ces divers cas, il ne peut plus être question pour l'acheteur de réclamer la livraison, son recours doit forcément se réduire à une action en réparation du préjudice subi. Pour cela quelle action aura-t-il ?

Il est certain qu'à l'époque classique et même dès que l'action *empti* est devenue une action générale dont le rôle est d'assurer une sanction à toutes les obligations nées de la vente au profit de l'acheteur, celui-ci peut en user pour obtenir restitution du prix payé et dédommagement du préjudice subi.

Auparavant, avant la généralisation de l'action *empti* certainement l'acheteur peut user

d'une *condictio* lui permettant de répéter son prix. (Gaius III 91).

Que si le paiement n'a pas encore été effectué, il répond à la prétention du vendeur qui la réclame par un refus pur et simple ou, en certain cas, par l'*exceptio doli*, par l'*exceptio doli* quand, avec mauvaise foi, le vendeur demande un paiement qu'il sait ne pas lui être dû.

CONCLUSION



Résumons et condensons maintenant en quelques propositions simples et concises les résultats auxquels nous avons abouti :

1° L'obligation de livrer, qui certainement n'existait pas dans le très ancien droit, apparaît au moment où la mancipation, se relâchant des rigueurs primitives, permet de séparer l'élément spirituel du contrat de l'élément matériel.

2° Une fois née, l'obligation de livrer consiste essentiellement d'une part, dans l'obligation à la remise matérielle, d'autre part, dans l'obligation pour le vendeur de transmettre à l'acheteur tous les droits, quel qu'imparfaits qu'ils soient, qu'il possède sur la chose vendue.

3° L'obligation de livrer est une obligation mère qui engendre l'obligation de conserver.

4° Son exécution ne devient efficace, en d'autres termes, ne fait tomber dans le patrimoine de l'acheteur les droits qu'elle doit transmettre,

qu'autant que celui-ci exécute de son côté l'obligation de payer le prix.

5° Sa portée est réglée tant par l'étendue des droits du vendeur que par la nature de la chose vendue. Celle-ci entraîne avec elle tous ses accessoires et les fruits et produits qu'elle a donnés depuis le jour où l'exécution de l'obligation de livrer a pu être exigée.

6° La livraison doit, en principe, avoir lieu au moment du paiement du prix.

7° En cas de silence des parties contractantes, la livraison doit se faire au lieu où était la chose au moment de la vente.

8° Les frais de la délivrance sont à la charge du vendeur s'il n'y a eu stipulation contraire. (1).

9° En ce qui concerne la manière dont on doit livrer, il faut distinguer la livraison des droits que le vendeur a sur la chose vendue et la livraison matérielle, physique. Pour la première, le vendeur doit user de la mancipation quand il est propriétaire quiritaire et de *l'in jure cessio* ou de la tradition dans les autres cas. Quant à la seconde, elle s'exécute de différentes manières suivant la nature mobilière ou immobilière de la chose vendue.

(1) Reproduction de l'article 1608 du code civil.

10° La chose doit être livrée en l'état où elle se trouve au moment de la vente (1).

11° L'obligation de livrer trouve sa sanction naturelle dans l'action *empti* ou *ex empto*.

Vu :

Le Président de la Thèse,

Nancy, le 17 Octobre 1896.

G. MAY.

Vu :

Le Doyen,

Nancy, le 17 Octobre 1896.

E. LEDERLIN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Nancy, le 17 Octobre 1896.

Le Recteur,

GASQUET.

(1) Articles 1614 du Code civil.

ERRATA



Page 10 : Au lieu de R. von Ihering, lire J. von Ihering.

Page 12, note : Au lieu de Meulnære, lire Meulenære.

Page 29, note 1 : Au lieu de Introduction historique du droit privé de Rome, lire Introduction historique au droit privé de Rome.

Page 33, note : Au lieu de *dominum*, lire *dominium*.

Page 35 : Au lieu de *est rem emptori habere liceat*, lire *ut rem emptori habere liceat*.

Page 36 : Au lieu de *venditit*, lire *vendidit*.

Page 39 : Au lieu de En résumé trois textes d'une interprétation certaine en faveur du transfert de la possession quiritaire, lire En résumé trois textes d'une interprétation certaine en faveur du transfert de la possession seulement et deux textes très clairs en faveur du transfert de la propriété quiritaire.

Page 42 : A loi 30. § 1, Dig. *De act. empti et venditi* XIX. I. — Même page : Au lieu de pourrait-il, lire pourraient-ils.

Page 43 : Au lieu de *hoc œneaque libra*, lire *hoc œre œneaque libra*. — Même page : Au lieu de *fundium*, lire *fundum*.

Page 49 : Au lieu de imparfaite, lire imparfaits. — Même page : Au lieu de s. pr. Dig. XIX. 4, lire 1. pr. Dig. XIX. 4.

Page 50. Au lieu de vol, lire dol.

Page 57, note : Au lieu de Accurse, lire Accurse.

Page 58 : A loi 11. Dig. *De periculo rei vend.* XVIII, ajouter 6. — Même page, note : Au lieu de vol, lire dol.

Page 59 : Au lieu de l'ont, lire l'on.

Page 61 : Au lieu de *De periculot et commodo rei venditor*, lire *De periculo et commodo rei venditœ*.

Page 72 : Au lieu de *or exhibendum*, lire *ad exhibendum*.

Page 79 : Au lieu de *emptionem*, lire *actionem*.

Page 92 : Au lieu de denrées, lire deniers.

Page 109 : Au lieu de session, lire cession. Même page : Au lieu de *in primus*, lire *in primis*.

TABLE DES MATIÈRES



Bibliographie	9
Introduction	11
Place de l'obligation de livrer dans la théorie de la vente	15
Paragraphe I ^{er} : Origine de l'obligation de livrer.	21
— II : Nature de l'obligation de livrer .	33
— III : Conditions d'exécution et d'effi- cacité de la livraison	53
— IV : Etendue de l'obligation de livrer.	77
— V : Epoque de la livraison	91
— IV : Lieu de la livraison	99
— VII : Frais de la livraison	103
— VIII : Manière de livrer.	105
— XI : Etat de la chose vendue au mo- ment de la livraison	115
— X : Sanction de l'obligation de livrer .	119
Conclusion	131
Errata	135



